This is a reproduction of a library book that was digitized by Google as part of an ongoing effort to preserve the information in books and make it universally accessible.

Google™ books

https://books.google.com

A propos de ce livre

Ceci est une copie numérique d'un ouvrage conservé depuis des générations dans les rayonnages d'une bibliothèque avant d'être numérisé avec précaution par Google dans le cadre d'un projet visant à permettre aux internautes de découvrir l'ensemble du patrimoine littéraire mondial en ligne.

Ce livre étant relativement ancien, il n'est plus protégé par la loi sur les droits d'auteur et appartient à présent au domaine public. L'expression "appartenir au domaine public" signifie que le livre en question n'a jamais été soumis aux droits d'auteur ou que ses droits légaux sont arrivés à expiration. Les conditions requises pour qu'un livre tombe dans le domaine public peuvent varier d'un pays à l'autre. Les livres libres de droit sont autant de liens avec le passé. Ils sont les témoins de la richesse de notre histoire, de notre patrimoine culturel et de la connaissance humaine et sont trop souvent difficilement accessibles au public.

Les notes de bas de page et autres annotations en marge du texte présentes dans le volume original sont reprises dans ce fichier, comme un souvenir du long chemin parcouru par l'ouvrage depuis la maison d'édition en passant par la bibliothèque pour finalement se retrouver entre vos mains.

Consignes d'utilisation

Google est fier de travailler en partenariat avec des bibliothèques à la numérisation des ouvrages appartenant au domaine public et de les rendre ainsi accessibles à tous. Ces livres sont en effet la propriété de tous et de toutes et nous sommes tout simplement les gardiens de ce patrimoine. Il s'agit toutefois d'un projet coûteux. Par conséquent et en vue de poursuivre la diffusion de ces ressources inépuisables, nous avons pris les dispositions nécessaires afin de prévenir les éventuels abus auxquels pourraient se livrer des sites marchands tiers, notamment en instaurant des contraintes techniques relatives aux requêtes automatisées.

Nous vous demandons également de:

+ *Ne pas utiliser les fichiers à des fins commerciales* Nous avons conçu le programme Google Recherche de Livres à l'usage des particuliers. Nous vous demandons donc d'utiliser uniquement ces fichiers à des fins personnelles. Ils ne sauraient en effet être employés dans un quelconque but commercial.

+ *Ne pas procéder à des requêtes automatisées* N'envoyez aucune requête automatisée quelle qu'elle soit au système Google. Si vous effectuez des recherches concernant les logiciels de traduction, la reconnaissance optique de caractères ou tout autre domaine nécessitant de disposer d'importantes quantités de texte, n'hésitez pas à nous contacter. Nous encourageons pour la réalisation de ce type de travaux l'utilisation des ouvrages et documents appartenant au domaine public et serions heureux de vous être utile.

+ *Ne pas supprimer l'attribution* Le filigrane Google contenu dans chaque fichier est indispensable pour informer les internautes de notre projet et leur permettre d'accéder à davantage de documents par l'intermédiaire du Programme Google Recherche de Livres. Ne le supprimez en aucun cas.

+ *Rester dans la légalité* Quelle que soit l'utilisation que vous comptez faire des fichiers, n'oubliez pas qu'il est de votre responsabilité de veiller à respecter la loi. Si un ouvrage appartient au domaine public américain, n'en déduisez pas pour autant qu'il en va de même dans les autres pays. La durée légale des droits d'auteur d'un livre varie d'un pays à l'autre. Nous ne sommes donc pas en mesure de répertorier les ouvrages dont l'utilisation est autorisée et ceux dont elle ne l'est pas. Ne croyez pas que le simple fait d'afficher un livre sur Google Recherche de Livres signifie que celui-ci peut être utilisé de quelque façon que ce soit dans le monde entier. La condamnation à laquelle vous vous exposeriez en cas de violation des droits d'auteur peut être sévère.

À propos du service Google Recherche de Livres

En favorisant la recherche et l'accès à un nombre croissant de livres disponibles dans de nombreuses langues, dont le français, Google souhaite contribuer à promouvoir la diversité culturelle grâce à Google Recherche de Livres. En effet, le Programme Google Recherche de Livres permet aux internautes de découvrir le patrimoine littéraire mondial, tout en aidant les auteurs et les éditeurs à élargir leur public. Vous pouvez effectuer des recherches en ligne dans le texte intégral de cet ouvrage à l'adresse `http://books.google.com`

Jur. is. 152 hc

.Revue

<36609031950015

<36609031950015

Bayer. Staatsbibliothek

REVUE CRITIQUE
DE
LÉGISLATION
ET DE
JURISPRUDENCE.

CORBEIL, TYPOGRAPHIE ET STÉRÉOTYPIE DE CRÉTÉ.

REVUE CRITIQUE DE LÉGISLATION ET DE JURISPRUDENCE

PAR MM.

WOLOWSKI
Professeur au conserv. des Arts et Métiers.

V. MARCADÉ
Ancien avocat à la Cour de cassation.

PAUL PONT
Juge au Tribunal civil de la Seine.

ANCIENS DIRECTEURS DE LA REVUE CRITIQUE ET DE LA REVUE DE LÉGISLATION;

FAUSTIN HÉLIE
Conseiller à la Cour de cassation.

LAFERRIÈRE
Inspecteur général des Facultés de droit.

NICIAS GAILLARD
Premier avocat général à la Cour de cassation.

COIN-DELISLE
Avocat à la Cour impériale de Paris.

AVEC LA COLLABORATION DE MM.

TROPLONG
Premier président de la Cour de cassation.

CH. GIRAUD
Membre de l'Institut et Professeur à la Faculté de droit de Paris.

ORTOLAN
Professeur de législation pénale comparée à la Faculté de droit de Paris.

REVERCHON
Avocat au conseil d'État et à la Cour de cassation.

DELANGLE
Premier président de la Cour impér. de Paris.

E. LABOULAYE
Membre de l'Institut, Professeur au Collége de France.

MOLINIER
Professeur à la Faculté de droit de Toulouse.

BERGSON
Avocat, Docteur en droit.

ROULAND
Procureur général à la Cour impér. de Paris.

KŒNIGSWARTER
Membre correspondant de l'Institut.

FL. MIMEREL
Avocat au conseil d'État, à la Cour de cassation et du Ministère de l'intérieur.

JOUSSELIN
Avocat au conseil d'État et à la Cour de cassation.

TOME V. — 4^{me} ANNÉE.

PARIS,
COTILLON, ÉDITEUR, LIBRAIRE DU CONSEIL D'ÉTAT,
Au coin de la rue Soufflot, 23.
1854

BIBLIOTHECA
REGIA
MONACENSIS.

REVUE CRITIQUE
DE LÉGISLATION
ET DE JURISPRUDENCE.

EXAMEN DOCTRINAL

Des principaux arrêts rapportés par les Recueils dans les cahiers de septembre 1853.

Par M. Paul PONT, docteur en droit, président du tribunal de Corbeil.

SOMMAIRE.

1. *Remploi, dot, mariage, dissolution.* — L'acquéreur d'un immeuble dotal dont l'aliénation avait été permise sous condition de remploi, peut-il, en offrant de payer une seconde fois le prix, arrêter, après la dissolution du mariage, l'action révocatoire exercée par la femme sur le fondement que le remploi n'a pas été effectué pendant le mariage? Réflexions critiques, à l'occasion de cette question, sur la rédaction de certains arrêts qui, au lieu de résoudre nettement la difficulté soulevée, l'éludent ou la tournent.
2. Solution de la question : critique de la jurisprudence dominante qui se prononce pour la négative.
3. *Dot, aliénation, garantie, paraphernaux.* — La femme peut-elle valablement garantir la vente de son bien dotal sur ses immeubles paraphernaux, et cette garantie doit-elle obtenir tout son effet lorsque la vente du bien dotal vient à être annulée sur la demande de la femme ou de ses héritiers?
4. *Hypothèque conventionnelle, biens à venir, inscription.* — L'hypothèque conventionnelle des biens présents et à venir est-elle affranchie du principe de la spécialité en ce sens qu'elle frappe les biens advenus ultérieurement au débiteur, en vertu de la seule inscription prise au moment de la convention et indépendamment de toute inscription spéciale sur chacun de ces immeubles à mesure qu'ils sont acquis?
5. *Quotité disponible, époux, conventions matrimoniales, enfants, réduction.* — La convention matrimoniale qui, indépendamment d'une part d'enfant, attribue au survivant des époux la totalité ou une part plus forte que la moitié de la communauté d'acquêts, constitue-t-elle, en cas de secondes noces, un avantage fait au préjudice des enfants d'un premier lit?
6. *Communauté, usufruit, légal, déchéance, inventaire.* — Le défaut d'in-

ventaire, dans le cas de l'art. 1442, fait-il perdre à l'époux survivant la jouissance des revenus de ses enfants mineurs à dater de la dissolution de la communauté ou seulement à dater de la demande en justice ?

7. Un inventaire tardif peut-il relever de la déchéance encourue ?

I. — CASSATION. Ch. des Req., 20 JUIN 1853 (*Dalloz*, 53, 1, 265; *Devilleneuve*, 54, 1, 5). — On a souvent reproché à la Cour de cassation ses hésitations à aborder franchement des difficultés qui lui étaient soumises, et le soin qu'elle a mis parfois soit à tourner une question pour ne pas la résoudre, soit à se retrancher dans des motifs ou trop vagues ou trop généraux qui peuvent bien faire pressentir la solution, mais qui ne l'expriment pas. Le reproche est juste, à nos yeux : car une trop grande réserve dans les arrêts de la Cour régulatrice a de graves inconvénients.

Que la Cour de cassation s'abstienne soigneusement d'engager mal à propos l'avenir, c'est-à-dire qu'évitant un autre danger dont la jurisprudence des Cours offre plus d'un exemple, elle n'agrandisse pas le cercle d'un débat porté devant elle et ne résolve pas par des motifs intempestifs, non-seulement les difficultés qui sont dans le litige, mais encore les difficultés, plus ou moins voisines, qui ne s'y trouvent pas, cela se comprend à merveille.

Mais quand la difficulté est nettement posée, pourquoi ne pas la résoudre ? Et à quoi bon l'éluder ? Assurément la science n'y gagne rien; car l'indécision dans une autorité puissante comme la Cour suprême doit propager le doute. Et d'un autre côté, le plaideur n'a qu'à y perdre beaucoup; car qui peut dire combien de procès ne s'engageraient pas si la Cour suprême saisissait la première occasion qui s'offre à elle de fixer les doctrines controversées et d'établir des précédents susceptibles d'éclairer les parties sur le résultat probable de leurs contestations ?...

Ces réflexions nous sont suggérées par l'arrêt du 20 juin 1853, que nous signalons ici à l'attention du lecteur.

En se mariant en 1803, c'est-à-dire avant la promulgation du Code Napoléon, deux époux avaient stipulé le régime dotal; néanmoins il était convenu que la femme pourrait vendre ses biens dotaux, sauf à elle à en employer le prix à des acquisitions d'immeubles qui eux-mêmes deviendraient dotaux. — Quatorze ans plus tard, la femme, profitant de la réserve contenue au contrat de mariage, vend un immeuble dotal, et pour garantir l'acquéreur de l'éviction, elle lui donne hypothèque sur ses immeubles paraphernaux ; mais elle n'effectue pas le remploi. — A trente années de là, le mariage est dissous par la mort du mari, et la femme alors, excipant du défaut de remploi, poursuit la révocation de la vente consentie par elle trente années auparavant contre un sous-acquéreur de l'immeuble vendu. Celui-ci offre de payer une seconde fois, et en outre il conclut à ce que la femme le garantisse sur ses paraphernaux comme elle s'y est obligée ; mais la femme oppose que l'offre du prix ne peut arrêter l'action en révocation de la vente parce que le remploi ne pouvait plus être opéré, selon elle, après la dissolution du mariage, et en outre elle prétend que la garantie par elle promise est nulle comme la vente elle-même. — Néanmoins la Cour impériale de Pau valide les offres par arrêt du 28 juillet 1852, et cet arrêt est déféré de ce chef à la censure de la Cour suprême comme ayant violé le principe de l'inaliénabilité de la dot.

La question principale à résoudre se dégageait nettement de ces faits : c'est la question, fort débattue en jurisprudence, de savoir si le remploi doit nécessairement être fait avant la dissolution du mariage ou la séparation de biens, et si celui qui serait fait ou offert après empêcherait la nullité de la vente et ferait obstacle à l'exercice de l'action en révocation accordée à la femme.

Or voici les termes dans lesquels la Cour de cassation a statué : « Attendu que la demanderesse avait reçu, dans son contrat de mariage, le droit d'aliéner son fonds dotal, à la charge de faire remploi du prix ; qu'elle a vendu ce fonds dotal et a garanti à l'acquéreur, sur ses autres biens, l'exécution de cette vente, mais qu'elle n'a pas fait de remploi, et, dès lors, n'a pas satisfait à la condition qui lui était imposée ; que l'arrêt attaqué a reconnu, en principe, que le défaut de remploi donnait ouverture à l'action révocatoire, et, en conséquence, a validé les offres faites par l'acquéreur de payer une seconde fois le prix du fonds dotal pour faciliter à la demanderesse les moyens d'opérer le remploi exigé par le contrat de mariage ; qu'à la vérité la demanderesse a été condamnée à garantir l'acquéreur, ainsi qu'elle s'y était obligée, sur ses biens paraphernaux ; mais que l'arrêt, en sanctionnant cette obligation de garantie qu'aucune loi n'interdisait à la femme dotale de contracter, a respecté le principe de l'inaliénabilité du fonds dotal, et, dès lors, n'a, sous aucun rapport, violé les dispositions légales invoquées à l'appui du pourvoi ; — Rejette, etc. »

En présence de ces motifs, on peut se demander quelle a été au juste, sur la question de remploi (car l'arrêt résout une autre question à laquelle nous viendrons bientôt), la pensée de la Cour suprême. Il y avait cette circonstance particulière que le contrat de mariage, dans l'espèce, remontait à une époque antérieure à la promulgation du Code Napoléon. On peut donc se demander d'abord si la Cour a entendu faire à l'espèce une application des anciens principes, ou bien si elle a donné une théorie applicable même sous la loi nouvelle. Toutefois, comme le droit nouveau ne diffère pas du droit ancien, sur le point débattu, nous n'insisterons pas, et nous reconnaîtrons qu'il n'y a pas un inconvénient réel à ce que la Cour, statuant sur une difficulté qui avait son principe dans une convention antérieure au Code, ait généralisé sa solution et l'ait donnée sans se référer au droit ancien.

Mais il y avait dans l'espèce cette autre circonstance particulière que, à l'inverse de ce qui se produisait habituellement dans l'ancien droit et se produit encore de nos jours, c'était à *la femme,* et non au mari, que le contrat de mariage accordait la faculté d'aliéner le bien dotal et imposait l'obligation d'effectuer le remploi. Dans cette situation il est permis de se demander si les motifs ci-dessus reproduits de l'arrêt rendu par la Cour de cassation contiennent une solution générale et de principe établissant nettement que, nonobstant le défaut de remploi, l'acquéreur d'un immeuble dotal peut, après la séparation de biens ou la dissolution du mariage, arrêter l'action révocatoire en payant une seconde fois son prix ; ou bien s'ils contiennent une décision d'espèce applicable seulement au cas où l'obligation du remploi incomberait à la femme.

La Cour de Pau dont l'arrêt était déféré à la censure de la Cour suprême avait été fort précise à cet égard. « En droit, avait-elle dit, la vente était parfaite, puisqu'elle était autorisée par le contrat ; seulement la femme venderesse devait, pour remplir les conditions de son contrat de mariage, en effectuer le remploi. Aucun délai n'était fixé pour remplir cette condition, et si elle a laissé dissoudre le mariage sans le faire, si elle ne l'a pas fait depuis sa dissolution, si elle refuse encore de le faire, elle doit être déclarée responsable et ne saurait s'en prévaloir. Si le remploi, pour lequel aucun terme n'avait été stipulé, n'était pas admis après la dissolution du mariage, *lorsque l'aliénation était effectuée par le mari*, c'est parce que celui-ci était mandataire pendant toute la durée du mariage ; ses pouvoirs cessaient à la dissolution et le mandat était de plein droit révoqué. *Mais il en était autrement dans le cas très-rare où, dérogeant aux principes du droit écrit, selon lesquels le mari est maître de la dot, on transportait à la femme seule la faculté de disposer à charge de remploi;* elle ne pouvait se prévaloir de son propre fait, de son refus de remplir la condition de son contrat; elle était libre de le faire après la dissolution du mariage, comme l'ont décidé plusieurs arrêts : ceux des 9 mai 1781 et 22 avril 1783, rendus par la grande chambre, ont déclaré la femme irrecevable à demander la résolution de la vente et à demander l'annulation d'un acte consenti par elle et qu'elle était la maîtresse d'exécuter. » Ainsi, la Cour de Pau pensait que l'action révocatoire aurait eu tout son effet, en ce sens qu'elle aurait amené la révocation de la vente, si le mari, chargé du remploi, avait négligé de l'effectuer quand il y avait possibilité pour lui de le faire, c'est-à-dire avant la cessation de son mandat par la dissolution du mariage ou la séparation de biens; et si elle a admis que l'action révocatoire, dans l'espèce, devait être arrêtée par l'offre de payer une seconde fois le prix, alors que le remploi n'avait pas été effectué pendant le mariage, c'est uniquement en se plaçant à ce point de vue particulier d'une clause de remploi imposé à la femme elle-même.

La Cour de cassation, en rejetant le pourvoi, a-t-elle adopté cette distinction ? Son arrêt ne le dit pas, et la pensée, à cet égard, en est tellement incertaine que des deux Recueils qui nous donnent le texte, l'un, celui de M. Devilleneuve, incline à y voir une solution générale impliquant la possibilité d'un remploi même après séparation de biens ou dissolution du mariage, tandis que l'autre, celui de M. Dalloz, n'y veut voir qu'une décision d'espèce, limitée par sa relation avec les motifs de l'arrêt attaqué, au seul cas en vue duquel cet arrêt avait statué.

Nous partageons, quant à nous, la manière de voir de M. Devilleneuve, d'autant plus que la distinction proposée par la Cour de Pau ne nous paraît pas reposer sur des motifs sérieux, les tiers et le mari, alors même que le remploi est à la charge de la femme, restant garants de son inaccomplissement et devant, par cela même, exiger que la femme l'effectue [1]. Mais il faut regretter que, par une insuffisance de rédaction, un texte d'arrêt se trouve livré à toutes les incertitudes de l'interprétation, comme la disposition même que cet arrêt devait expliquer et appliquer. Il faut le regretter d'autant plus, dans le cas particulier, que le moyen de cassation se produisait avec une netteté remarquable, et invitait, en quelque sorte, la Cour à émettre nettement son avis sur ce point, depuis tant de temps débattu en doctrine et en jurisprudence, de savoir si, lorsque des époux *mariés sous le régime dotal* ont stipulé la faculté d'aliéner les biens dotaux, à la condition d'un remploi, ce remploi doit nécessairement *et à peine de nullité de l'aliénation*, être fourni avant la séparation de biens ou la dissolution du mariage. — Notons, d'ailleurs, que ce n'est pas là le seul appel qui ait été fait à la Cour suprême : saisie pour la première fois de la question, en 1842, par un pourvoi dirigé contre un arrêt de la Cour de Rouen, elle parut alors abdiquer son autorité en réduisant la difficulté à une simple appréciation des clauses du contrat de mariage et en jugeant qu'un arrêt qui avait décidé que le remploi n'avait pu être fait valablement après la dissolution du mariage échappait de ce chef à la cassation [1]. Assurément ce point de vue manque d'exactitude ; il est bien certain qu'une appréciation qui n'est faite que dans le but de déterminer les conséquences légales d'une des clauses d'un contrat de mariage rentre essentiellement dans les attributions de la Cour de cassation, comme cette Cour l'a décidé elle-même en maintes circonstances : et l'on peut dire que la solution contraire qu'on trouve dans l'arrêt de 1842 ne fut qu'un moyen pris pour éviter de résoudre la difficulté qui était alors soumise à la Cour. Le retour de la question devant elle, après un premier arrêt qui la laissait, en quelque sorte, indécise, était, ce nous semble, un motif de plus pour que la Cour n'hésitât pas à poser nettement les bases de sa jurisprudence et à créer enfin un précédent qui ne laissât aucun doute sur la direction qu'elle voulait suivre pour la solution de la difficulté proposée.

---

[1] V. M. Bénech, *de l'Emploi et du Remploi*, n° 79.

II. — Cela dit, nous venons à la solution même : comme nous l'avons expliqué, nous pensons, avec M. Devilleneuve, que cette solution a été générale, dans la pensée de la Cour suprême, et qu'elle a eu pour objet d'établir qu'il n'est pas rigoureusement nécessaire que le remploi prescrit par un contrat de mariage stipulant le régime dotal soit fait avant la séparation de biens ou la dissolution du mariage, et que l'action révocatoire exercée par la femme, faute de remploi, est arrêtée par l'offre de l'acquéreur de verser le prix, ou de payer une seconde fois. Ainsi entendu, l'arrêt nous paraît d'une exactitude parfaite.

---

[1] V. l'arrêt de rejet du 27 avril 1842. (Dalloz, 42, 1, 134 ; Devilleneuve 42, 1, 649 ; *J. du Pal.* à sa date.)

Nous savons bien qu'il va directement contre quelques opinions très-arrêtées et qu'il heurte de front la jurisprudence dominante. Ainsi, M. le premier président Troplong exprime dans son *Commentaire du contrat de mariage*, « qu'il ne faudrait pas que le remploi fût postérieur à l'administration du mari, et, par conséquent, à la séparation de biens ou à la dissolution du mariage. Un remploi fait ou offert par le mari, dit-il, *lorsque ses pouvoirs sont expirés*, ne purgerait pas la condition imposée à l'aliénation par le contrat de mariage ; la femme ou ses héritiers pourraient répudier ce remploi tardif ou cette offre intempestive [1]. » M. Benech est plus explicite encore. « Le remploi, dit-il, ne pourra plus être fait légitimement, *après que l'administration du mari aura pris fin*, soit par l'effet de la séparation de biens, soit par l'effet de la dissolution du mariage. Bien que M. Merlin semble professer l'opinion contraire, la jurisprudence est établie sur ce point d'une manière à peu près uniforme ; la jurisprudence de la Cour de Caen est seule contraire.... Le mari ne peut donc plus, ni après la dissolution du mariage, ni après la séparation de biens, faire valablement le remploi, et couvrir ainsi le vice dont ce défaut de remploi entache les aliénations qu'il a faites. La femme ou ses héritiers auront la faculté d'en faire prononcer la révocation. Et vainement pour se soustraire aux suites de l'action en délaissement, les acquéreurs ou tiers détenteurs des biens dotaux offriraient-ils de payer une seconde fois le prix à la femme; une offre de cette nature, qui ne serait rien moins qu'une sorte d'expropriation forcée au préjudice de la femme, d'après la maxime *Qui actionem habet ad rem vindicandam, rem ipsam habere videtur*, ne saurait être accueillie, et c'est avec raison qu'elle a été écartée par plusieurs arrêts [2]... » Enfin la majorité des Cours qui ont eu à se prononcer sur la question ont sanctionné cette opinion [3].

---

[1] V. tome IV, nº 3419.

[2] *Traité de l'emploi et du remploi*, nºs 88 et 99, p. 194, 197, 228.

[3] V. les arrêts de Toulouse, 22 décembre 1834 et 14 juillet 1852 ; de Riom,

Mais sur quoi cette doctrine est-elle fondée? A cet égard, il y a identité parfaite entre les arrêts qui la consacrent et les auteurs qui la défendent : ils disent tous unanimement que si le remploi n'est plus possible après la dissolution du mariage ou la séparation de biens, c'est parce que l'administration du mari a pris fin, et avec elle le mandat dont le mari était investi pendant le mariage : le mari n'est plus mandataire, dit-on; comment donc, quand le mandat est révoqué, pourrait-on valider un acte que le mari ne pourrait faire que comme mandataire?.....

L'objection, à notre avis, n'est rien moins que fondée, et il nous paraît qu'il y a ici une confusion de principes qu'il faut soigneusement distinguer.

Sans doute s'il s'agissait d'époux mariés en communauté, l'idée du mandat serait dominante. Le remploi que fait le mari, administrateur, dans ce cas, tant des biens propres de sa femme que des biens de la communauté, procède évidemment du mandat dont il est investi. Aussi avons-nous admis dans notre *Traité du Contrat de mariage*, et cela avec la majorité des auteurs, que, dans le régime de la communauté, le remploi doit être fait par le mari et accepté par la femme avant la dissolution du mariage, et que ni l'offre du mari, ni l'acceptation de la femme ne sont plus possibles quand le mariage est dissous[1].

Mais, dans le régime dotal, où le remploi est soumis à des règles et à des conditions différentes, l'idée de mandat est tout à fait secondaire; on pourrait même dire qu'elle est absolument étrangère à la pensée du législateur. L'idée principale et dominante, c'est encore l'inaliénabilité du bien dotal dans sa conséquence utile, la conservation, sinon du bien lui-même, au moins du prix dans une circonstance où l'aliénation est exceptionnellement autorisée. Cela étant, il faut bien reconnaître que le but de la loi serait dépassé, si la femme ou ses héritiers, alors qu'ils retrouvent les deniers dont le remploi devait être effectué, pouvaient

---

26 juin 1839; de Grenoble, 7 avril 1840; de Rouen, 19 mai et 5 décembre 1840; de Limoges, 21 août 1840; de Lyon, 25 novembre 1842 et 24 mars 1847. (*J. du Pal.*, 1838, t. I, p. 32; 1840, t. II, p. 403; 1848, t. I, p. 272; Dalloz, 35, 1, 86; 41, 2, 13; 42, 2, 77; 48, 2, 103; Devilleneuve, 35, 2, 196; 40, 2, 145; 41, 2, 71; 42, 2, 5; 43, 2, 418; 48, 2, 141; 52, 2, 636.)

[1] V. t. I, nº 509. V. aussi en ce sens MM. Merlin, vº *Remploi*, § 2, nº 5, Delvincourt, t. III, aux notes, p. 62, note 2, édit. 1824; Toullier, t. XII, nºs 360, 361; Duranton, t. XIV, nº 393; Zachariæ, t. III, p. 425; Odier, t. I, nº 522; Marcadé, art. 1434 et 1435, nº 3; Troplong, nº 1128.

en rejeter l'offre et étaient admis à exiger la résiliation de la vente qui a produit ces deniers, sous prétexte que le remploi n'avait pas été effectué pendant le mariage. C'est ce qui a fait dire à notre collaborateur et ami, M. Rodière, contrairement aux auteurs et aux arrêts que nous citions tout à l'heure : « La clause de remploi n'ayant pour but que d'empêcher la dissipation du prix, l'aliénation paraît incontestablement valable, quand, d'ailleurs, elle avait été faite avec le consentement de la femme, en supposant que ce consentement fût nécessaire ; l'acquéreur peut par conséquent toujours retenir l'objet en payant une seconde fois le prix, avec la précaution exigée par le contrat de mariage, ou si le mariage est dissous, en le payant à la femme ou à ses héritiers [1]. »

Cette doctrine, admise d'ailleurs par quelques auteurs [2], et consacrée par plusieurs arrêts [3], est, selon nous, d'une justice parfaite. En définitive, l'immeuble dotal peut être aliéné quand l'aliénation en a été permise par le contrat de mariage. Si l'aliénation a été autorisée sous la condition de remploi, l'acquéreur de l'immeuble dotal n'est tenu qu'à une chose : il doit veiller, sous sa responsabilité personnelle, à ce que l'aliénation soit faite dans les limites et dans les conditions imposées par le contrat de mariage. Mais ni sa responsabilité, ni surtout le sort de son acquisition, ne sauraient être compromis parce que le remploi ne serait pas fait dans tel ou tel délai, si, d'ailleurs, le contrat de mariage n'en fixe aucun; car le remplacement n'est pas son fait, mais le fait des époux, qui, dès lors, seraient arbitres souverains du sort de la vente, et pourraient, au moyen d'un refus persistant, la réduire à néant, selon leur intérêt ou leur caprice. L'acquéreur mettra donc sa responsabilité à couvert en retenant par devers lui le prix de la vente jusqu'à ce que la condition du contrat soit accomplie; et par une conséquence ultérieure, il s'ensuivra que la vente ne pourra pas être attaquée pour défaut de remploi, au moins pendant la durée du mariage, Supposons maintenant la dissolution du mariage survenue. La vente pourra-t-elle être attaquée davantage? Evidemment non; car ce qui la rendait inattaquable avant, c'est que l'acquéreur, qui n'était pour rien dans le retard des époux à effectuer le remplacement, ne pouvait pas être responsable de ce retard. Or l'acquéreur n'est pour rien non plus dans le fait qui a opéré la dissolution du mariage! Pourquoi donc l'en rendrait-on responsable? C'est, dit-on, que le remploi est désormais impossible. Mais qu'importe cela? Avant tout, il faut considérer le but de la loi et celui du contrat de mariage. Lorsque le contrat de mariage a permis l'aliénation du bien dotal sous condition de remploi, le but de la loi et celui du contrat ont été d'assurer qu'à la dissolution du mariage la femme ou ses héritiers retrouveraient, non pas la chose même que la femme avait apportée en dot, puisque l'aliénation en était autorisée, mais une valeur représentative. Or, ce but est atteint et tous les droits sont conservés tellement que la condition de remploi devient elle-même inutile et sans objet, si, quand le mariage est dissous et quand la dotalité a cessé, l'acquéreur est là qui vient compter à la femme ou à ses héritiers le prix de son acquisition.

---

[1] V. notre *Traité du Contrat de mariage*, t. II, nº 557.

[2] V. MM. Merlin, Quest., vº *Remploi*, § 8, nº 2; Sériziat, *du Régime dotal*, nº 119.

[3] V. Bordeaux, 11 avril 1840 et 21 août 1848; Caen, 4 juillet 1842 et 30 avril 1849. *(J. du Pal.* 1849, t. II, p. 208 ; 1851, t. I, p. 175. — Devilleneuve, 48, 2, 721; 52, 2 177. — Dalloz, 45, part. IV, vº *Remploi*, nº 6; 49, 2, 41; 52, 2, 194.)

Concluons donc que l'acquéreur qui offre de payer son prix quand il l'a retenu, ou de le payer une seconde fois, lorsque, comme dans l'espèce soumise à la Cour de cassation, il l'avait déjà payé soit par oubli de ses intérêts, soit parce qu'il n'avait pas eu connaissance du caractère de dotalité affectant le bien par lui acquis, élève par là contre l'action révocatoire de la femme ou de ses héritiers un obstacle insurmontable. C'est là ce qui nous paraît résulter de l'arrêt rendu par la Cour suprême le 20 juin 1853; et ainsi entendu, cet arrêt, bien qu'il contredise la jurisprudence dominante, est cependant dans la vérité des principes.

III. — Ce même arrêt a résolu, et cette fois nettement résolu, une autre question qui est également fort controversée. La femme, dans l'espèce, en vendant son immeuble dotal, avait déclaré garantir l'acquéreur de l'éviction, et, en conséquence, elle lui avait donné hypothèque sur ses immeubles paraphernaux. Un tel engagement pris par la femme est-il compatible avec le principe de l'inaliénabilité dotale? Peut-il dès lors être validé, et la stipulation d'une hypothèque qui le complète a-t-elle quelque efficacité? Jusqu'à ces derniers temps, l'opinion des auteurs avait été à peu près unanime sur ce point. D'une part, ils avaient reconnu sans difficulté que la promesse de garantie ne saurait faire obstacle au droit qu'a toujours la femme ou, à défaut, ses héritiers, de faire révoquer l'aliénation de l'immeuble dotal; mais d'une autre part, ils avaient admis que, par suite de cette promesse de garantie, la femme doit subir sur ses immeubles paraphernaux les conséquences de l'annulation qu'elle aurait provoquée et obtenue [1]. Seul, M. Bellot des Minières s'était prononcé en sens contraire. Mais son opinion a trouvé un puissant appui dans la doctrine émise récemment par MM. Troplong et Marcadé [2]. Ces auteurs se fondent l'un et l'autre sur le droit romain et spécialement sur la novelle 61 de Justinien qui, distinguant entre le mari et la femme, décide que le mari est obligé sur ses propres biens à la promesse de garantie, et que la femme doit rester indemne et affranchie de toute responsabilité. *Mulier sit omninò indemnis..... Obligationem, quantùm ad mulierem, neque dictam neque scriptam esse volumus... Viros in aliis rebus obligari.* « Rien dans le Code, dit M. Marcadé, n'indique un changement à ce principe d'irresponsabilité de la femme, qui, en faisant une chose nulle quant à la clause principale de son contrat (la vente de son bien dotal), a par là même fait une chose nulle dans la clause accessoire de garantie par laquelle on voulait rendre la première efficace. » Rien, dit de son côté M. Troplong, n'est plus formel que la novelle de Justinien. « Au milieu de sa sévérité, Justinien se souvient des acheteurs, et il conçoit la pensée de ne les pas traiter avec trop d'inflexibilité. Que fait-il donc pour eux? Sera-ce la femme qui sera chargée de les satisfaire sur ses autres biens? Non, assurément. A l'égard de la femme (Justinien y revient avec insistance), il n'y a rien qui subsiste... Ce sera le mari seul qui sera obligé *sur ses autres biens*. Notez ces mots : *in aliis rebus*. N'est-il pas clair qu'à l'égard de ces biens, autres que les biens dotaux, la femme n'a rien à redouter? N'est-il pas manifeste que ses paraphernaux sont irresponsables? Si l'acheteur pouvait les attaquer, il y aurait donc dans le contrat quelque chose d'obligatoire pour la femme, et cependant Justinien veut qu'il n'y ait rien de fait ni d'écrit. S'il pouvait se payer sur ces paraphernaux, la femme ne sortirait donc pas indemne de cette affaire, où elle n'a été engagée que par l'influence maritale, et cependant Justinien veut qu'elle soit indemne de son consentement. — En présence de ces principes, il nous paraît que la question cesse d'être douteuse, et nous repoussons les autorités qui, oublieuses des textes si puissants que nous venons de citer, ont cru que la femme pouvait être tenue sur ses paraphernaux. »

---

[1] V. MM. Duranton, t. XV, nº 530; Tessier, t. II, p. 76 et suiv.; Zachariæ, t. III, p. 581; Taulier, t. V, p. 335; Odier, t. III, nº 1346. C'est aussi l'opinion qui a été émise dans notre *Traité du Contrat de mariage*, t. II, nº 592.

[2] V. M. Bellot des Minières, *Traité du Contrat de mariage*, t. IV, p. 206. L'auteur a persisté dans son opinion à laquelle il a donné de nouveaux développements dans son *Commentaire récent sur le régime dotal et la société d'acquêts*. V. t. III, nº 1754. — V. M. Troplong, *Commentaire sur le Contrat de mariage*, t. IV, nºs 3543 et 3544, et M. Marcadé sur l'art. 1560, nº 4.

Quant à la jurisprudence, elle a suivi une marche inverse. D'abord, elle a paru assez favorable à l'opinion émise par M. Bellot des Minières, et soutenue depuis par MM. Troplong et Marcadé. En effet, si l'on excepte un arrêt rendu par la Cour de Grenoble[1], on voit qu'en général la jurisprudence tenait que la vente du bien dotal étant, pendant le mariage, frappée d'une nullité absolue, la femme qui fait prononcer cette nullité ne doit aucune garantie sur ses biens paraphernaux, alors même qu'elle en aurait pris l'engagement dans le contrat de vente[2]. Mais la Cour d'Aix ayant jugé le contraire le 9 juillet 1849, dans un arrêt solidement motivé, cet arrêt fut déféré à la censure de la Cour suprême, qui, après un délibéré en chambre du conseil, maintint sur ce point la décision de l'arrêt attaqué, et sanctionna, par arrêt du 4 juin 1851[3], la doctrine dominante dans l'opinion des auteurs. La Cour de cassation a considéré, par cet arrêt, que la nullité de la vente du fonds dotal n'est pas absolue, mais seulement relative comme toute nullité résultant d'une exception personnelle à l'obligé et temporaire; que la vente, en pareil cas, peut être ratifiée par la femme ou par ses héritiers, après la dissolution du mariage; qu'elle peut, dès lors aussi, être cautionnée ou garantie par un tiers ou par le mari; qu'il n'y a aucune distinction, sous ce rapport, entre le tiers ou le mari et la femme elle-même, celle-ci n'étant pas moins capable de contracter et de s'obliger, sinon sur sa dot, du moins sur ses paraphernaux ; que, maîtresse de disposer de ses paraphernaux, de les vendre, de les donner, de les aliéner d'une manière quelconque, avec l'autorisation de son mari, elle peut, sous la même condition, les affecter par une convention expresse à la garantie de la vente de son fonds dotal, comme elle pourrait les affecter à la garantie de la vente du bien d'autrui ; qu'une telle garantie n'a rien de contraire aux principes du régime dotal, et ne fait point obstacle à l'exercice de l'action réservée soit à la femme, soit au mari, pour la revendication de l'immeuble aliéné ; que, pour la conservation de la dot, l'action en révocation reste entière dans l'intérêt de la femme ou de la famille ; que c'est là le recours dont la loi a voulu l'armer, mais que l'on ne saurait, sans exagérer les garanties du régime dotal, reporter sur la fortune paraphernale la protection accordée seulement à la fortune dotale, et de la nullité de l'obligation sur la dot, conclure à la nullité de l'obligation sur les paraphernaux.

---

[1] V. à sa date dans les *Recueils* l'arrêt de la Cour de Grenoble du 16 janvier 1828. On peut consulter encore à sa date un arrêt de la Cour de cassation du 5 mai 1818 qui contient la même solution, au moins d'une manière implicite.

[2] V. Rouen, 5 décembre 1840; Toulouse, 19 août 1843; Limoges, 10 février 1844; Riom, 12 août 1844; Agen, 17 juillet 1848. (Dalloz, 45, 2, 148, 150; 49, 2, 6; Devilleneuve, 41, 2, 71; 44, 2, 344, 592; 45, 2, 28; 48, 2, 602; *J. du Palais*, 1841, t. I, p. 77; 1844, t. I, p. 245; 1846, t. I, p. 61 et 62; 1849, t. I, p. 108.)

[3] V. *J. du Pal.*, 1851, t. I, p. 436; Devilleneuve, 51, 1, 465; Dalloz, 51, 1, 193.

C'est cette doctrine nette et précise que nous retrouvons dans l'arrêt du 20 juin 1853, que nous signalons ici à l'attention du lecteur. Ainsi, à deux ans d'intervalle, la Cour suprême a confirmé sa jurisprudence. C'est une raison de plus de nous rattacher à l'opinion émise, dans notre *Traité du Contrat de mariage*, avant que la Cour de cassation se fût prononcée.

Au surplus, nous ne voyons pas qu'on ait dit contre cette doctrine quoi que ce soit qui puisse l'ébranler. En définitive, l'objection dont elle a été l'objet, réside tout entière dans la novelle 61 de Justinien, à laquelle rien n'aurait été changé par le Code Napoléon, suivant les auteurs qui opposent cette novelle. Mais on n'a pas pris garde que le texte de Justinien est fait pour un cas tout différent de celui dont il s'agit ici. L'hypothèse prévue par la novelle est celle où la femme a vendu ou hypothéqué, conjointement avec son mari, soit des immeubles qui lui ont été donnés en mariage, soit un immeuble dotal. C'est dans ce cas que la novelle relève la femme du consentement que suppose son adhésion à la vente, et qu'elle l'affranchit de toute responsabilité même sur ses biens paraphernaux. Et l'on comprend qu'il en doive être de même sous le Code Napoléon. La Cour de cassation l'a formellement décidé par son arrêt du 23 juin 1846 [1], et un avis conforme a été émis dans notre *Traité du Contrat de mariage*, *loc. cit.*, où on lit : « Si la femme n'a fait dans l'acte qu'adhérer à la vente faite par son mari, on ne saurait voir, dans cette simple adhésion ou assentiment, qu'un acte de déférence de sa part vis-à-vis de son mari, nous n'y verrions pas le principe d'une obligation personnelle. On objecterait vainement que l'assentiment de la femme ne pouvait être de quelque utilité que pour ce dernier objet ; car il ne s'agit pas de savoir dans quel but son assentiment a été exigé, mais dans quel sens elle l'a donné. L'acquéreur ne pourrait avoir alors contre la femme que l'action *de in rem verso*, supposé que le prix de l'acquisition eût été employé dans l'intérêt de celle-ci. »

---

[1] V. Devilleneuve, 46, 1, 865 ; Dalloz, 46, 1, 332 ; *J. du Palais*, 1847, t. I, p. 61.

Mais le cas est tout différent lorsque, comme dans les espèces sur lesquelles sont intervenus les arrêts rendus par la Cour de cassation, en 1851 et 1853, la femme, par une clause expresse et spéciale du contrat portant aliénation de l'immeuble dotal, a promis garantie et a ensuite affecté à cette garantie ses biens paraphernaux. La novelle de Justinien est hors de cause dans ce cas qu'elle ne prévoit pas. On ne saurait donc en exciper, pour arriver à l'annulation de la promesse de garantie, sans la faire sortir de sa sphère, sans exagérer les garanties du régime dotal, comme l'a très-bien dit la Cour suprême, et sans oublier que le velleien n'existe plus parmi nous et qu'en l'abrogeant, le droit français a permis à la femme de s'obliger par cautionnement comme de toute autre manière.

IV.—Agen, 6 aout 1852 (*J. du Palais*, 1853, t. II, p. 433). Cet arrêt pose en principe que le conservateur des hypothèques peut refuser, sous sa responsabilité personnelle, d'inscrire un privilége ou une hypothèque, lorsqu'il reconnaît qu'il n'existe point de droit hypothécaire à l'occasion de l'inscription d'un droit de cette nature. Ceci ne peut être raisonnablement contesté. La loi n'a pas entendu assurément qu'il dépendrait du caprice d'un créancier prétendu de grever hypothécairement, sous le plus futile prétexte, le bien d'un tiers. Donner à l'article 2199 du Code Napoléon, d'après lequel les conservateurs ne peuvent, dans aucun cas, ni refuser ni retarder l'inscription des droits hypothécaires, une signification telle que le conservateur devrait inscrire nécessairement toutes les fois qu'on se présente à lui en se prétendant en possession d'un droit hypothécaire, ce serait exposer la propriété immobilière à des embarras sans nombre, aux ennuis et aux frais des actions en radiation par lesquelles elle serait obligée de se défendre. La raison veut qu'on laisse aux conservateurs une certaine faculté d'appréciation, et qu'ils ne soient tenus à inscrire que lorsqu'ils reconnaissent qu'il existe véritablement un droit hypothécaire : tous les intérêts sont garantis d ailleurs, dès qu'on admet que les conservateurs exercent cette faculté sous leur responsabilité personnelle et sous la sanction de l'amende établie par l'article 2202, sans préjudice des dommages-intérêts auxquels les exposerait le tort qu'ils auraient causé aux parties.

Mais le principe admis, les conservateurs peuvent rencontrer, dans l'application, des difficultés sérieuses. Par exemple, un débiteur dont les biens présents et libres sont insuffisants pour la sûreté de la créance, profitant de la faculté ouverte par l'article 2130 du Code Napoléon, consent, pour augmenter son crédit, que chacun des biens qu'il acquerra dans la suite demeure affecté à la créance à mesure des acquisitions. Plus tard, le débiteur acquiert des immeubles et le créancier se présente et requiert inscription sur ces nouveaux immeubles. Le conservateur lui dira-t-il que l'inscription est inutile, que l'acquisition a été frappée de l'hypothèque en vertu de l'inscription prise, au moment de la convention, sur les immeubles présents du débiteur ? Nous croyons, quant à nous, que ce langage serait imprudent. Le conservateur trancherait, par là, une question controversée du régime hypothécaire et il la trancherait, selon nous, contrairement aux principes et à la vérité.

Cette question, que nous avons eu l'occasion d'examiner déjà[1] et à laquelle nous sommes ramenés par de nouveaux documents, est celle de savoir si l'hypothèque conventionnelle des biens présents et à venir est affranchie du principe de la spécialité en ce sens qu'elle frappe les biens advenus ultérieurement au débiteur indépendamment de toute inscription nouvelle ? ou bien si elle laisse subsister la spécialité, de telle sorte que le droit hypothécaire ne s'exerce sur les biens advenus au débiteur après la convention qu'avec le secours d'une inscription spéciale prise sur chacun de ces biens nominativement, et à mesure qu'ils arrivent dans les mains du débiteur ?

Des autorités fort graves ont pensé que la loi aurait manqué son but si l'hypothèque avait besoin, pour se réaliser, d'une autre inscription que celle qui a été prise sur les biens présents. Nous convenons que cela n'est pas sans quelque apparence de raison. La pensée de la loi a été d'ajouter au crédit du débiteur; cela est établi par toutes les discussions dont a été l'objet l'article 2130. Or, peut-on dire, cette pensée bienveillante de la loi demeure sans effet si l'on admet la nécessité d'une inscription spéciale à mesure qu'un nouvel immeuble advient au débiteur. Le créancier qui se contente, pour sa garantie, d'une hypothèque accordée dans les termes de l'article 2130, accepte, sans doute, l'incertitude résultant de la force même des choses, puisqu'il peut arriver que son débiteur n'acquière pas de nouveaux immeubles; mais, dans l'éventualité d'acquisitions nouvelles, il doit y avoir certitude dès l'abord, au moins quant au rang hypothécaire. Le créancier doit être assuré que ce rang est irrévocablement fixé par l'inscription prise sur les biens présents. C'est à cette condition seulement que le crédit du débiteur sera conservé; si au lieu de cela le créancier est obligé d'épier sans cesse son débiteur, s'il doit craindre de ne pas connaître les acquisitions que ferait celui-ci, et par suite de ne pouvoir les affecter à sa créance par une inscription spéciale, s'il doit, en outre, redouter le danger autrement grave d'hypothèques légales ou judiciaires survenues avant les acquisitions, il est clair que sa confiance se retirera immédiatement et que la loi qui aura voulu protéger le débiteur n'aura rien fait pour lui[1]. A ces observations générales on a ajouté que l'opinion qu'elles ont pour objet d'établir aurait été, après tout, celle des rédacteurs de la loi; que cela résulte de la substitution très-significative qui fut faite d'un mot à un autre dans la rédaction définitive de l'article 2130. On sait, en effet, que la pensée de cet article est due à la Cour de cassation; mais elle avait dit que le débiteur, dont les biens présents seraient insuffisants pourrait consentir que le créancier fût autorisé *à s'inscrire* sur chacun des biens à venir. Or, au lieu de cela on lit dans l'article 2130 que le débiteur pourra consentir que les biens à venir demeureront *affectés* à mesure des acquisitions : changement expressif, dit-on, qui indique bien que si à l'origine on avait eu la pensée d'exiger des inscriptions spéciales, cette pensée avait été abandonnée en définitive [1].

---

[1] V. *Revue de législation*, année 1846, t. II, p. 327, et *Journal du Notariat*, n° 243.

---

[1] V. dans le sens de cette opinion MM. Favard de Langlade, v° *Hypothèque*, sect., 2, § 3, n° 10; Caquot, *Journal du Notariat*, nos 218, 219 et 245; Paillet, sur l'art. 2130; Rolland de Villargues, v° *Hypothèque*, n° 282. V. aussi un arrêt d'Angers du 14 juillet 1842. (Devilleneuve, 42, 2, 203; Dalloz, 42, 2, 469; *J. du Pal.*, 1842, t. II, p. 142.)

Malgré cela, cette opinion n'a pas prévalu; la doctrine[2] et la jurisprudence[3] l'ont également repoussée : nous croyons que c'est avec raison.

Avant tout, il faut remarquer que la disposition de l'article 2130 est tout à fait exceptionnelle et qu'elle a été bien loin d'avoir, dans la pratique des affaires, l'utilité qui aurait pu la justifier. C'est pour cela, et aussi parce que l'usage n'en serait pas sans quelque immoralité, que cette disposition était généralement repoussée de tous les projets qui étaient présentés dans les discussions récentes sur la réforme du régime hypothécaire. Au conseil d'État, le rapporteur disait : « L'article 2130 du Code, en défendant d'hypothéquer les biens à venir, permettait, en cas d'insuffisance des biens présents, des stipulations exceptionnelles qui détruisaient le principe. Toute affectation de biens que le débiteur ne possède pas encore et que, par conséquent, il ne peut pas désigner dans le contrat, est contraire à la règle de la spécialité ; cette règle est fondamentale, l'exception a dû être supprimée. » (V. le rapport de M. Bethmont, p. 48.) Le rapporteur de la Commission formée au sein de l'Assemblée législative proposait également la suppression, mais par des motifs qui entraient plus avant dans la réalité des faits : « La faculté accordée par l'article 2130, disait-il, est d'une utilité presque nulle dans la pratique des affaires ; et, si l'on en usait, elle serait peu morale. Quel est en effet l'individu qui peut se faire un moyen de crédit de ses biens à venir? En général, c'est le fils de famille qui escompte ainsi d'avance la succession de ses parents. Et quels sont les hommes qui peuvent consentir à lui prêter sur un gage aussi éventuel? trop souvent, des usuriers qui trouvent, dans l'énormité de l'intérêt ou dans des stipulations frauduleuses, l'équivalent du risque auquel ils s'exposent. La tendance de la loi que la Commission vous propose doit être d'interdire, autant que possible, les pactes aléatoires, et de n'admettre que des garanties susceptibles d'une appréciation positive et invariable : c'est le moyen le plus sûr d'abaisser le taux de l'intérêt. » (V. le rapport de M. de Vatimesnil, p. 20.) Ces mêmes idées avaient inspiré la Commission formée par le gouvernement, le 15 juin 1849, pour préparer la réforme. « On donne pour motif à l'article 2130, disait le rapporteur, la justice qu'il y a de ne pas priver ceux qui ont déjà un commencement de fortune, des moyens d'escompter les ressources dont ils sentent en eux le principe. On veut aussi que, lorsqu'un avenir prochain et presque inévitable montre des propriétés à la veille d'échoir, on puisse en anticiper l'avénement et en faire jouir le présent. Ces raisons ne nous ont pas satisfaits. Justes, elles auraient plus de portée que ne leur en accorde l'article 2130 : elles n'iraient à rien moins, dans le cas qu'il prévoit, qu'à condamner la prohibition, pourtant si logique et si conséquente, de l'hypothèque des biens à venir, essentiellement incompatible avec la spécialité. Chacun de ceux qui ne possèdent rien pourrait faire valoir, comme celui qui jouit d'un centiare de terre ou d'une cabane sur un sol de quelques mètres, qu'il a foi dans son industrie et qu'il en attend d'importantes propriétés. — Le fils de famille, dont les usuriers savent si bien exciter les appétits, trouverait dans cette disposition, et dans les motifs par lesquels on la justifie, les moyens, du vivant de son père, d'escompter sa propre succession. — Inconséquence et immoralité : tels nous ont paru les caractères de cet article 2130 ; et voilà pourquoi la suppression en est proposée, mais avec cette réserve pourtant que, soit par l'interdiction d'hypothéquer les biens à venir, soit par la suppression de l'article 2130, on n'entend pas interdire l'obligation de donner hypothèque aux cas qui seraient convenus, ou même à celui plus précis où il surviendrait des immeubles au débiteur : c'est une convention très-légitime, et qui n'a pas besoin d'être rappelée dans le texte pour être déclarée valable. » (V. le rapport de M. Persil, p. 135.)

---

[1] V. M. Caquot, *loc. cit.*

[2] V. MM. Granier, *des Hypothèques*, t. I, n° 62; Persil, sur l'art. 2130, n^os^ 5 et 6; Tarrible, v° *Inscrip. hyp.*, § 5, n° 12 *in fine;* Duranton, t. XIX, n° 379; Dalloz, v° *Hypothèque*, p. 202, n° 8; Troplong, *des Pris. et Hyp.*, t. II, n° 540.

[3] V. Poitiers, 23 février 1844 ; Paris, 23 février 1835, 20 juillet 1836 et 20 juin 1846; Grenoble, 17 février 1847; Cassation, 27 avril 1846. *J. du Palais* (1844, t. II, p. 186 ; 1846, t. I, p. 641, t. II, p. 723; 1848, t. I, p. 494; Devilleneuve, 35, 2, 209, 45, 2, 212; 46, 1, 373 et 2, 333; 48, 2, 55; Dalloz, 35, 2, 88; 44, 2, 57; 46, 1, 224; 48, 2, 52).

Ces projets, nous le savons, n'ont pas été convertis en loi ; mais ils subsistent comme expression de la défaveur qui s'attache à la disposition de l'article 2130 du Code Napoléon, et mettent dans tout son jour la nécessité de combiner autant que possible l'interprétation de cet article avec cette règle de la spécialité qui est fondamentale dans le régime hypothécaire. A ce titre déjà, l'opinion qui, sur la question proposée, a prévalu en doctrine et en jurisprudence, a pour elle une grande probabilité, puisqu'en exigeant des inscriptions successives à mesure que le débiteur fait des acquisitions nouvelles, cette opinion donne la possibilité de spécialiser, qui n'existerait pas, au contraire, si l'inscription sur les biens présents avait elle-même la vertu de s'étendre et de frapper, au fur et à mesure des acquisitions, sur les biens à venir.

Ajoutons maintenant que même en s'en tenant aux textes de la loi subsistante et à la pensée qui les a inspirés, cette opinion peut être pleinement justifiée.

Il n'y a d'hypothèque *conventionnelle* valable, d'après l'article 2129, que celle qui, soit dans le titre authentique constitutif de la créance, soit dans un titre authentique postérieur, déclare spécialement la nature et la situation de chacun des immeubles actuellement appartenant au débiteur, sur lesquels il consent l'hypothèque de la créance. Or, l'hypothèque donnée dans les termes de l'article 2130 du Code Napoléon est incontestablement une hypothèque conventionnelle; la loi, en permettant au débiteur dont les biens présents sont insuffisants pour la sûreté de la créance, d'engager ses biens à venir, n'a rien changé évidemment au caractère de l'hypothèque. En fait, cette hypothèque ne résulte ni de la loi, ni d'un jugement; elle demeure donc conventionnelle, et si elle est telle, elle est nécessairement soumise à la règle de la spécialité, car, la loi le dit expressément, l'hypothèque conventionnelle n'est pas valable si elle n'est pas spéciale. Il n'y a donc, il ne peut y avoir, pour le créancier qui a accepté une hypothèque dans les termes de l'article 2130, d'autre moyen d'arriver à la réalisation de son droit, de faire prendre à ce droit son rang parmi les créanciers, que celui de spécialiser les biens sur lesquels il entend l'exercer, en les déterminant dans une inscription, par leur espèce et leur situation (art. 2148). Et comme il s'agit de biens qui ne sont pas encore dans le domaine du débiteur, la force même des choses indique que l'inscription ne peut précéder les acquisitions, mais qu'elle doit être prise sur les biens, à mesure qu'ils sont acquis, toute spécialisation étant impossible jusque-là.

C'est d'ailleurs en ce sens et avec cette nécessité que l'article 2130 a été entendu dans les discussions qui l'ont précédé. Et à ce propos, il est aisé d'établir que l'induction contraire qu'on a tirée de la substitution que nous indiquions tout à l'heure est de tous points mal fondée.

Dans la pensée première du gouvernement, les hypothèques conventionnelles devaient s'étendre sur les biens présents et futurs du débiteur, à moins de stipulation contraire. La Cour de cassation, dans l'examen qu'elle fit du projet, critiqua cette disposition et exprima que le principe de la spécialité, dont elle était fortement imbue, ne permettait pas que les biens à venir fussent hypothéqués ; mais en même temps elle proposa de dire par exception que « si les biens présents et libres du débiteur étaient insuffisants pour la sûreté de la créance, il pourrait, en exprimant cette insuffisance, consentir que le créancier pût *s'inscrire* sur chacun des biens à venir, à mesure de leur acquisition, sans préjudice du droit de faire réduire les inscriptions excessives que le créancier aurait faites en conséquence. » (V. Fenet, t. II, p. 660.) La proposition fut admise; et toutefois il y fut fait une modification qui apparaît pour la première fois dans le projet présenté par M. Treilhard à la séance du 3 ventôse an XII. L'article 39 de ce projet disait : « Si cependant les biens présents et libres du débiteur sont insuffisants pour la sûreté de la créance, il peut, en exprimant cette insuffisance, consentir que chacun des biens qu'il acquerra par la suite *y demeure affecté* à mesure des acquisitions. » (Fenet, t. XV, p. 335.) Cette rédaction nouvelle a passé dans la loi : on en excipe, et on conclut que dans la pensée des rédacteurs du Code, le droit hypothécaire sur les biens à venir serait indépendant de l'inscription, ce en quoi ces rédacteurs se seraient écartés de la proposition de la Cour de cassation, d'après laquelle c'eût été l'inscription seulement qui aurait pu réaliser le droit hypothécaire.

Mais ce dont on doit être frappé, c'est qu'un changement radical, comme celui qu'on fait résulter de la substitution du mot *affecté* au mot *s'inscrire*, n'est pas de ceux qui s'introduisent dans une loi sans que la discussion en conserve quelque trace. Le texte proposé par la Cour de cassation était très-précis et très-net ; la portée n'en était pas douteuse. Ce texte servait de base aux discussions du conseil d'État. On admettra donc que si les membres du conseil ont voulu réellement substituer à ce qui leur était soumis quelque chose d'absolument contraire, ce n'est pas par prétérition qu'ils auront procédé et qu'il y aura eu nécessairement une explication quelconque. Or cette explication nous ne la trouvons pas ; la substitution dont on argumente ne résulte ni d'une délibération, ni même d'une simple discussion. Elle paraît avoir été l'œuvre personnelle de M. Treilhard, qui, chargé de revoir la loi et d'en présenter le texte, offrit purement et simplement, dans la séance du 3 ventôse an XII, l'article 2130 dans les termes où il est conçu aujourd'hui. Comment donc pourrait-on prêter à un simple changement de rédaction fait dans de telles circonstances la portée qui lui est assignée dans le système que nous combattons? Évidemment, la raison se refuse à admettre qu'un membre du conseil d'État, chargé d'une simple révision de forme, d'après des bases discutées et contradictoirement arrêtées, ait pu, de son autorité propre, imposer un changement dans le fond même des choses. Et nous ajouterons que, moins qu'à aucun autre membre du conseil, on pourrait prêter à M. Treilhard la pensée d'avoir voulu introduire ce changement. Plus que personne M. Treilhard s'est porté, dans la discussion, le défenseur de la spécialité ; il s'en est montré le partisan sans réserve, à ce point qu'il la réclamait même pour l'hypothèque légale. (Fenet, t. XV, *passim* et notamment p. 229 et suiv.) Comment donc aurait-il pu vouloir, lui précisément, affranchir de la spécialité l'hypothèque conventionnelle des biens à venir? L'autorité du nom se joint donc ici à l'autorité du fait contre l'induction qu'on tire de la substitution du mot *affecté* au mot *s'inscrire*.

Mais allons plus avant et voyons si cette substitution n'a pas son explication très-logique, même dans le système que nous adoptons sur la question proposée.

Placé sous la rubrique des hypothèques conventionnelles et parmi des dispositions qui ont seulement pour objet soit la capacité nécessaire au débiteur pour consentir hypothèque, soit la forme dans laquelle l'hypothèque doit être accordée, soit enfin l'étendue du droit hypothécaire, l'article 2130 n'avait pas à s'occuper de l'inscription à laquelle un chapitre spécial était réservé dans la loi. La Cour de cassation avait eu le tort, dans son projet, de ne pas diviser là où la division était commandée par l'ordre logique des idées ; et l'on voit, en effet, qu'en accordant exceptionnellement la faculté de consentir une hypothèque conventionnelle sur des biens à venir, elle ne se bornait pas à consacrer le droit hypothécaire ; elle prescrivait encore l'inscription, et, en outre, elle accordait au débiteur la faculté de faire réduire les inscriptions excessives que le créancier aurait prises. Ainsi, la Cour de cassation pourvoyait, dans un seul et même article, à des conditions très-distinctes à chacune desquelles la loi avait fait sa place spéciale. Il était tout simple que le membre du conseil chargé de la révision tînt compte, au contraire, des divisions arrêtées. Ainsi fit M. Treilhard. Dans l'article 2130 il s'occupa seulement du droit hypothécaire en lui-même; il rejeta à l'article 2148 ce qui avait trait à l'inscription, et ne traita qu'à l'article 2161 de ce qui avait rapport au droit de réduction. Les différents objets de la disposition proposée par la Cour de cassation se trouvèrent, par ce moyen, classés dans leur ordre méthodique, et, sauf le dernier objet, celui qui était relatif au droit de réduction que les rédacteurs du Code n'admirent pas, le système de la Cour de cassation se trouva consacré. Ainsi l'article 2130 maintint la faculté d'*affecter* éventuellement des biens non encore acquis; et l'article 2148, en n'affranchissant des conditions de spécialité que l'hypothèque légale et l'hypothèque judiciaire, laissa soumise à cette condition, et par conséquent à la nécessité de l'inscription à mesure des acquisitions, l'hypothèque consentie dans les termes de l'article 2130, laquelle est une hypothèque conventionnelle. C'est là précisément l'idée que résume très-bien M. Treilhard lui-même dans son Exposé des motifs au Corps législatif, lorsqu'il dit : « Tout ce que peut désirer un citoyen c'est de pouvoir, quand ses facultés présentes sont trop faibles, *donner à son créancier le droit de s'inscrire par la suite sur le premier ou le second immeuble qu'il acquerra*; *c'est une affectation spéciale qui se réalise par l'inscription lorsque l'immeuble est acquis.* » (Fenet, t. XV, p. 464.)

Ce commentaire si explicite, si parfaitement en harmonie avec le système que nous soutenons qu'à vrai dire il n'est pas autre chose que la formule même de ce système, assigne sa portée véritable au changement qui a été fait dans la rédaction proposée par la Cour de cassation. En définitive ce changement a eu pour objet de rétablir l'ordre et la méthode dans le texte de la loi, ce qui rentrait parfaitement dans la mission que M. Treilhard avait reçue. La signification qu'on lui a prêtée et que nous combattons aurait atteint le fond du droit, et en cela M. Treilhard aurait de beaucoup dépassé cette mission.

Il aurait même, en la dépassant, faussé la pensée qu'il avait à formuler ; car à toutes les phases de la discussion, il avait été parfaitement établi que le créancier hypothécaire, dans les termes de l'article 2130, ne pourrait, en vertu de l'inscription prise sur les biens présents de son débiteur, exercer son droit sur d'autres biens advenus depuis à ce débiteur ; qu'il faudrait une inscription nouvelle frappant spécialement chacun de ces biens, et que l'hypothèque consentie ne serait efficace qu'à cette condition. C'était l'avis formulé au conseil d'Etat par M. Bigot-Préameneu quand il disait : « Les partisans de la loi de l'an VII y proposent quelques modifications ; ils veulent que si les biens présents et libres du débiteur sont insuffisants pour la sûreté de la créance, il puisse, en exprimant cette insuffisance, *consentir que le créancier s'inscrive sur chacun des biens à venir, à mesure de leur acquisition.....* » (V. Fenet, t. XV, p. 251.) Cela fut dit également au Tribunat par M. Grenier qui s'exprimait en ces termes : « Si les biens présents et libres du débiteur étaient insuffisants... il peut consentir que chacun des biens qu'il acquerra par la suite demeure affecté à la créance à mesure des acquisitions. *Quoique alors il n'y ait d'hypothèque en faveur du créancier, relativement aux biens à venir, qu'à compter de chaque inscription*, on ne verra pas moins là une facilité en faveur du débiteur... » (Fenet, t. XV, p. 496.) Enfin cela fut dit au Corps législatif par M. Treilhard lui-même dans le passage de l'Exposé des motifs reproduit plus haut.

Il n'y a donc pas d'équivoque possible sur l'esprit et la pensée de la loi ; et en vérité, le texte aussi bien que l'esprit exclut toute équivoque.

Que dit-il, en effet ? Que le débiteur pourra, en exprimant l'insuffisance des biens actuels, consentir que chacun des biens qu'il acquerra par la suite demeure affecté à l'hypothèque à mesure des acquisitions. Mais est-ce à dire que le consentement du débiteur aura pour effet de grever dès à présent tous les biens à venir, de faire sortir immédiatement de la convention une hypothèque qui, par rapport à ces biens, prendra rang à dater de cette convention même ? Evidemment non. Ce qui le prouve, c'est l'économie de l'art. 2148 relatif au mode d'inscription. Cet article, on le sait, lorsqu'il exige que le bordereau à présenter par le créancier au conservateur des hypothèques contienne, entre autres choses, l'indication de l'espèce et de la situation des biens, ajoute immédiatement que cette formalité n'est pas nécessaire en ce qui concerne les hypothèques légales et judiciaires, ce qui se conçoit bien, puisque, ces hypothèques étant générales, s'étendent à tous les biens, et par cela même rendent toute désignation inutile. Mais cette exception, la loi ne la fait pas en faveur de l'hypothèque conventionnelle dont il est question dans l'article 2130. Et pourquoi? Précisément parce que cet article n'implique en aucune manière une véritable affectation hypothécaire des biens à venir; parce que l'hypothèque dont il s'agit n'est pas générale, qu'elle conserve, au contraire, le caractère de spécialité, et par conséquent qu'elle ne saurait dispenser l'inscrivant d'indiquer, sur le bordereau, l'espèce et la situation des biens sur lesquels il entend conserver son droit hypothécaire. Preuve certaine que l'hypothèque consentie, conformément à l'art. 2130, ne peut être exercée qu'en vertu d'inscriptions spéciales prises à mesure des acquisitions; car comment la désignation, dans le bordereau, de l'espèce et de la situation des biens pourrait-elle être faite avant?

On a dit, comme dernier argument, que l'art. 2130 ainsi entendu serait illusoire pour le créancier. C'est encore une objection irréfléchie. La vérité est que le débiteur qui s'engage dans les termes de cet article procure au créancier un avantage marqué. On sait, en effet, que l'hypothèque conventionnelle ne peut être consentie que par acte passé en forme authentique devant deux notaires ou devant un notaire et deux témoins. (Art. 2127.) Eh bien! cette convention ne sera plus nécessaire pour le créancier dans le cas de l'art. 2130: à mesure qu'un immeuble nouveau sera acquis au débiteur, le créancier pourra le soumettre à son hypothèque par une inscription prise en vertu de la convention, sans qu'il ait à demander le consentement du débiteur, car ce consentement est désormais donné. C'est en ce sens que le débiteur, pour nous servir des expressions très-exactes de la loi, consent que chacun des biens qu'il acquerra par la suite demeure affecté à mesure des acquisitions. Il y demeure affecté, en effet, mais sauf l'accomplissement des conditions de spécialité qui constituent l'hypothèque conventionnelle. Sans doute, dans ce système, il arrivera peut-être que l'hypothèque consentie conformément à l'art. 2130, sera sans utilité par la survenance d'hypothèques légales ou judiciaires antérieures aux acquisitions, ou même par le fait du débiteur qui ne ferait pas connaître ces acquisitions à son créancier. Mais cette considération, que l'on pourrait aussi appliquer à l'hypothèque conventionnelle des biens présents, laquelle peut également être rendue inefficace, malgré l'inscription, par une hypothèque générale ignorée, ne saurait dans tous les cas changer la nature des choses, ni, ce qui nous paraît décisif dans la question, ajouter à la loi en créant une hypothèque qui, n'étant ni légale ni judiciaire, participerait cependant au bénéfice et aux avantages de la généralité.

V. — **Cologne, 20 février 1852 et 15 mai 1852** (*J. du P.*, jurisp. belge, p. 343). Ces deux arrêts sont en opposition sur un point dont la solution ne peut pas cependant être sérieusement controversée. Par le premier de ces arrêts, la Cour de Cologne décide que la convention matrimoniale, qui, indépendamment d'une part d'enfant, attribue au survivant des époux la totalité ou une part plus forte que la moitié de la communauté d'acquêts, ne constitue pas, en cas de secondes noces, un avantage fait au préjudice des enfants d'un précédent mariage ; et que ces enfants ne sont pas fondés à prétendre que cet avantage est sujet à retranchement. Qu'en thèse générale, les conventions de l'espèce doivent être considérées non comme donation, soit quant au fond, soit quant à la forme, mais simplement comme des dispositions ayant pour objet de modifier les effets de la communauté légale, cela est très-évident : l'art. 1525 en contient une disposition expresse. La conséquence qui s'induit de là, c'est que l'avantage qui pourrait résulter de telles conventions au profit de l'un des époux, cet avantage fût-il supérieur à ce que l'époux aurait pu recevoir de son conjoint, d'après les règles établies sur la quotité disponible et la réserve, ne serait pas réductible.

Mais il y a à cet égard une exception précisément dans le cas sur lequel la Cour de Cologne statuait par son arrêt du 20 février 1852, celui où il existe des enfants d'un précédent mariage. La loi, dans ce cas, réserve expressément le droit des enfants, en ce sens que la convention prend alors, aux termes des art. 1527, § 3, et 1496 du Code, le caractère d'un avantage réductible. M. Toullier seul a dit que cela fait difficulté, même dans ce cas ; mais la jurisprudence française et tous les auteurs ont vu dans les textes précités, des dispositions trop formelles pour ne pas admettre en faveur des enfants du premier lit le droit de demander la réduction.

La Cour de Cologne elle-même a reconnu l'erreur dans laquelle elle était tombée : et l'arrêt qu'elle a rendu le 15 mai 1852, contient une rétractation formelle de la fausse doctrine que le premier avait consacrée.

VI. — COLOGNE, 15 JUILLET 1852 (*J. du P.*, jurisp. belge, 1853, p. 177). Sur d'autres points encore, la même Cour a rectifié avec raison des précédents qui n'étaient pas moins contraires à la loi que celui qui résultait du premier des deux arrêts dont l'examen précède.

Ainsi par deux arrêts en date des 23 décembre 1824 et 24 mai 1828, la Cour de Cologne avait décidé que la déchéance de l'usufruit légal que l'art. 1442 fait résulter du défaut d'inventaire contre le survivant des époux qui, à la dissolution du mariage, a négligé de faire inventaire, ne date que de la demande en justice.

Mais il est évident qu'il y avait là une fausse intelligence du texte de la loi. L'art. 1442 dit expressément, dans son deuxième paragraphe, que « s'il y a des enfants mineurs, le défaut d'inventaire *fait perdre* à l'époux survivant la jouissance de leurs revenus... » Il s'agit donc là d'une déchéance qui existe de plein droit et s'opère par le seul inaccomplissement de la formalité prescrite. Et comme cette déchéance existe indépendamment de toute condamnation qui la prononce, ce que la loi fait assez comprendre en disant que le défaut d'inventaire *fait perdre* à l'époux survivant la jouissance des revenus de ses enfants mineurs, on ne saurait admettre que le tribunal devant lequel des parties se présenteraient pour faire simplement constater le droit, puisse dire que la déchéance n'aura son cours qu'à dater de la demande formée devant lui.

La Cour de Cologne l'a compris. Et quand la question s'est reproduite devant elle, elle a jugé, par l'arrêt du 15 juillet 1852 que nous signalons ici, que si lors du décès de l'un des deux époux il y a des enfants mineurs, le défaut d'inventaire fait perdre à l'époux survivant la jouissance de leurs revenus à dater, non pas seulement de la demande en justice, mais encore de la dissolution de la communauté. Cela seul est admissible.

VII.—Le même arrêt décide, en outre, que l'époux survivant ne pourrait même pas être relevé de la déchéance par un inventaire tardif. Ceci a fait plus de difficulté dans notre jurisprudence française, et l'on peut citer de sérieuses autorités en sens contraire, par exemple MM. Proudhon, *de l'Usufruit*, t. I, nos 170 et suiv., Bellot des Minières, *Contrat de mariage*, t. IV, p. 345, Demolombe, t. VI, nº 573, et un arrêt de la Cour de Caen du 18 août 1842[1], duquel il résulte que lorsque l'inventaire a été fait peu de jours après le délai voulu par la loi et que le retard n'a causé aucun préjudice aux enfants, la déchéance peut n'être pas prononcée.

Cependant l'opinion contraire consacrée par l'arrêt de la Cour de Cologne doit être préférée. A vrai dire, la décision précitée de la Cour de Caen ne l'infirme pas en principe; elle constate, en effet, que le léger retard de quelques jours qu'avait éprouvé l'inventaire, avait été causé par la position où s'était trouvé le notaire qui en était chargé; que rien ne pouvait être imputé au père survivant; qu'il n'avait disposé de rien et que tout avait été fait avec la plus grande fidélité. C'était donc là un arrêt de circonstance dicté par des considérations d'équité; et, comme le dit très-bien M. Troplong, t. II, nº 1295, « le juge le plus sévère sur le droit pourrait accepter cet arrêt sans compromettre les saines doctrines. »

Mais en dehors de ces circonstances ou de circonstances analogues, et en principe, la maxime *Frustra impletur defecta semel conditio* doit ici prévaloir. L'usufruit légal, comme nous l'avons dit dans notre *Traité du Contrat de mariage*, t. I, nº 770, n'appartient à l'époux survivant qu'à la condition de faire un inventaire régulier dans les délais; si cet époux a manqué d'accomplir cette condition, son droit est anéanti, il ne peut plus revivre. Ainsi a jugé la Cour de Douai par arrêt du 16 novembre 1833[2]. C'est aussi l'opinion qui a été admise par la majorité des auteurs[3], et M. Troplong lui a donné récemment l'appui de sa haute autorité dans son *Comment. sur le Contrat de mariage*, nºs 1294 et suiv., en disant : « Ce n'est pas faire un inventaire que d'en faire un qui est tardif. Qu'a voulu le législateur? Faire connaître l'état des choses au moment de la dissolution de la communauté, ou, ce qui est la même chose, dans les trois mois. Or, ce qu'on constate, c'est l'état des choses à une autre époque. Vous dites que cet état de choses n'a pas changé : c'est là la question, et la loi a voulu qu'on la prévienne, cette question, en prenant la communauté sur le fait au moment où les choses sont encore entières. »

PAUL PONT.

---

[1] Devilleneuve, 43, 2, 49; *J. du Pal.*, 1844, t. I, p. 66.

[2] V. *J. du Palais* à sa date; Dalloz, 34, 2, 128; Devilleneuve, 34, 2, 189.

[3] V. MM. Toullier, t. XIII, nº 17; Duranton, t. III, nº 389; Chardon, *Puiss. pat.*, nº 143; Odier, t. I, nº 363; Marcadé, sur l'art. 1442, nº 3.

DE L'INFLUENCE DE DUMOULIN SUR LA LÉGISLATION FRANÇAISE.

Par M. Aubépin, docteur en droit, substitut au Blanc.

(*Suite* [1].)

CHAPITRE VI.

Dumoulin considéré comme jurisconsulte. — Législation nationale.

I. — *Droit national en France avant Dumoulin.* — Si la sphère change, lorsqu'après avoir étudié Dumoulin comme légiste, on le considère comme jurisconsulte, le point de vue reste le même. On a vu le légiste élever à la hauteur d'une question d'honneur national les querelles qui divisaient Rome et la France, défendre le pouvoir contre les prétentions de la papauté, comme il aurait défendu le territoire contre l'invasion étrangère, exposer enfin, pour protéger l'indépendance gallicane, son repos et sa vie ; on verra bientôt le jurisconsulte porter sur le terrain de la législation les mêmes principes et les mêmes efforts.

Depuis l'époque où la domination romaine avait mis le pied sur le sol gaulois, une profonde division de mœurs, de langage et de caractère partageait la France en deux zones distinctes : dans l'une, tout était romain, et le droit de Rome régnait presque exclusif : l'autre, au contraire, avait conservé le dépôt des traditions nationales ; successivement soumise à l'empire du code Théodosien, des lois germaniques, du droit canonique et des coutumes féodales, elle s'était formé de ces éléments divers un droit propre où dominaient les souvenirs gaulois et germains et qui devait être un jour le droit français [2].

Chacun de ces deux principes eut en France à la fois un développement séparé, et des points de contact avec l'autre, qu'il faut étudier rapidement.

Tirée, au XII^e siècle, des ténèbres de l'oubli par quelques esprits puissants, l'étude du droit romain avait été de bonne heure apportée de l'Italie, le berceau de sa renaissance, en France où elle s'était promptement acclimatée, en dépit des oppositions intéressées du droit canonique [1]. En France, comme en Italie, les livres de Justinien répondaient à un besoin général alors en Europe, au milieu de l'anarchie féodale, le besoin d'ordre et de stabilité dans la législation : aussi les principes du droit romain acquirent-ils devant les cours de justice et dans les écrits de l'époque une autorité considérable. En France, comme en Italie, l'unité imposante qui domine l'œuvre de Justinien et le sentiment d'autorité qui l'anime, présentaient un puissant soutien aux attaques du pouvoir central, alors naissant, contre la féodalité : aussi les légistes proclamèrent-ils le droit romain le droit par excellence, et s'en firent-ils une arme pour battre en brèche le fief, en chassant dès l'abord du prétoire les barons ignorants. Enfin, en France, comme en Italie, l'esprit humain s'échappant des langes où il languissait depuis plusieurs siècles, devait parcourir avec l'ardeur des premiers âges le champ encore inexploré des lois romaines : aussi la France eut-elle, comme l'Italie, ses Irnériens, ses Accursiens et ses Bartolistes.

---

[1] V. t. IV, p. 261.

[2] On distingua toujours, sous la domination romaine, les pays romains des pays gaulois : les premiers prirent, selon les divisions de la Gaule, les noms collectifs de *cinq provinces* ou *sept provinces.* (Raynouard, *Histoire du Droit municipal*, liv. I, chap. IV.) — *V.* aussi l'édit de Pistes, de 864 (Baluze, t. II, p. 180), et les *Petri exceptiones*, lib. II, cap. XXXI. (Savigny, *Histoire du Droit romain au moyen âge*, t. IV, p. 348.)

Le temps d'Irnérius est l'âge d'or de la glose, la voix des Irnériens se fait entendre avec une égale autorité à l'école et devant les cours de justice : dans leurs leçons et dans leurs livres, la science du droit prend dès l'origine des formes diverses dont la variété atteste la richesse de leur esprit, en même temps qu'elle s'approprie aux exigences diverses aussi de l'école et de la pratique. D'abord, c'est la *glose* proprement dite, l'annotation rapide qui d'un trait fixe le sens d'une expression obscure, ou élucide en quelques mots le sens d'une loi difficile : puis c'est la

---

[1] V. la décrétale *Super specula*, du pape Honorius III, de l'an 1220. — Dans un édit de 1312, Philippe le Bel parlait comme il suit de la prohibition portée par cette décrétale : « *Progenitores nostri* Parisiis studium theologiæ principale liberalium etiam artium, quæ sunt preparationes ad illam, priviligiis pluribus *munierunt, et per Sedem Apostolicam muniri curârunt :* hoc enim studium fidei catholicæ lumen stabiliens, id est arca fœderis testamenti conservat: hortus vero conclusus sua germina, fons signatus scientiæ Dei fluenta per universum orbem emittens. Ea propter hoc studium fovere perampliùsque stabilire proponimus, Deo favente. Ut autem liberiùs ibidem theologiæ studium proficeret, *progenitores nostri non permiserunt* legum secularium seu juris civilis studium ibidem institui, quin imò id etiam *interdici* sub excommunicationis pænâ *per Sedem Apostolicam curârunt.* » (Ducange, v° *Jus scriptum.*)

somme qui résume dans une expression logique les principes d'un titre entier du corps de droit : de la *somme* naît ensuite le *traité* systématique qui s'attache à une matière spéciale et l'envisage sous toutes ses faces, sans s'astreindre à l'ordre des textes : enfin ce sont les *disputationes* et les *quæstiones*, véritables recueils de questions de droit, ou encore les *brocarda*, recueils d'aphorismes juridiques[1].

Les exigences de la pratique judiciaire corrompirent les premières la pureté des traditions primitives. A mesure que le nombre des gloses et des sommes va s'augmentant avec le nombre des glossateurs, et que la confusion tend à s'introduire dans la science nouvelle, on se laisse aller peu à peu à oublier la loi pour la glose qui l'explique: Azon favorise cette tendance en résumant dans une somme générale (*apparatus*) les travaux qui l'ont précédé. Plus tard, lorsque la confusion est au comble, Accurse donne au mouvement commencé par Azon un développement complet, en réunissant dans un nouvel *apparatus* les gloses et les sommes antérieures, et la grande glose se substitue définitivement aux textes de Justinien[2].

Avec les Accursiens s'ouvre une période de décadence dont les souvenirs ont rejailli jusque sur l'école d'Irnérius. C'est à eux qu'il faut reprocher de soulever constamment, dans leurs livres et dans leurs leçons, de vaines difficultés, de rechercher des interprétations captieuses, de s'attacher à la lettre des lois, plutôt que d'en scruter l'esprit, de négliger les sources du droit pour l'avis des docteurs, de donner enfin à la science une forme inculte et barbare[3].

Quand Barthole paraît, la scolastique domine dans le monde de la science, enchaînant du réseau de sa méthode rigoureuse le cercle entier des connaissances humaines. Déjà, cédant au mouvement, ou voulant tirer l'école de la voie qu'elle suit avec les Accursiens, quelques esprits supérieurs, Odofredus, Jacobus de Ravanis, Cinus, ont tenté de faire passer la scolastique du domaine de la philosophie dans celui du droit, en appliquant à l'étude des lois le système de dialectique qu'elle applique à l'étude des phénomèmes humains; ils n'ont pas réussi. Plus habile, plus heureux, ou venu peut-être à une époque plus propice, Barthole atteint le but et attache son nom à la nouvelle phase que le xive siècle vient d'ouvrir pour la science. Bien dirigé, ce nouveau mouvement eût pu ramener la science à ses errements primitifs; aux défauts de l'école Accursienne, l'école Bartoliste joignit les excès de la scolastique, l'arbitraire qui asservit la pensée à la tyrannie d'un système préconçu, le servilisme de l'autorité doctrinale, l'abus, enfin, des distinctions et des classifications qui égare l'esprit dans un travail stérile, et, suivant l'expression de Gravina, réduit le droit en atomes. Elle abandonna de plus les travaux dogmatiques pour les études de détail, la pratique absorba son attention, elle concentra toutes ses forces dans la solution des difficultés d'application, et cette tendance fit naître sous la plume de ses adeptes un nouveau genre d'ouvrages qui effaça tous les autres, les consultations (*consilia*). Le barreau devint une école [1].

---

[1] Savigny, *Histoire du Droit romain au moyen âge*, chap. XXIV, § 209 et 210, chap. XXVI, XXVII et suivants.

[2] Savigny, *loc. cit.*, chap. XXXVII, XLI et XLII. — Mülhenbruch, *Doctrina Pandectarum, Procæmium*, § 16 et 19.

[3] Savigny, *loc cit.*, § 17 et 18. — Warnkænig, *Comment. jur. civ. priv. Introduc.*, § 30 et 31. — « Quùm Glossa illustre admodum ingenium habuerit, « jusque civile omnium optimè tenuerit, et in jure dicendo et in responsis « consulentibus dandis ab ejus sententia et opinione recedere jurisconsulti « nullo modo debent. » (Jac. Butrigarius, in l. I, c. *Qui pro suâ jurisd.*) — « Omnes uno ore dicunt Glossam authoritate cæteros omnes doctores an- « tecellere. — Glossam sufficere pro textu, quandò textus non reperitur. » (Jason, in l. *Ut Vim*, D. *de Just. et Jure*. — Imola, in l. I, D. *de Vulg. et Pup. subst.*) — Salicetus in l. *Traditionibus*, c. *de Pactis*, dicit « nos ita inhærere debere opinionibus Glossarum, sicut Bononienses carocio. »

Enfin, quand Dumoulin parut, le mouvement général qui, dans toutes les sphères de la civilisation, signala les dernières années du xve siècle et les premières du xvie, commençait à se manifester dans la sphère juridique, sous les auspices de Zasius et d'Alciat [2].

II.— *Suite.*— Tandis que le droit romain traversait ces phases successives, le droit français se formait lentement. Longtemps incertain sous l'action des diverses législations qui dans l'origine gouvernèrent la France, il se développa puissamment au milieu des ténèbres de l'époque féodale, soutenu d'un côté par la force même de sa nature, protégé de l'autre par l'influence du droit canonique, contre les écueils d'un premier essor. Aussi lorsqu'au xiie siècle, les efforts de la royauté commencèrent à séparer les intérêts du peuple de ceux des seigneurs, pour les rattacher à la cause du trône, la coutume suivit-elle le mouvement, et commença-t-elle dès lors à acquérir un légitime empire.

---

[1] Savigny, *loc. cit.*, chap. XLVII, LIII et LX. — Warnkænig, *loc. cit.*, § 33.

[2] Savigny, *loc. cit.*, chap. LIX et LX.

Mais, à peine éclos, le droit national trouva un rival dans le droit romain, qui à la même époque renaissait de ses cendres. La lutte semblait inégale : d'une part, en effet, se présentait une législation arrivée à l'apogée de son développement, dont l'ensemble puissant et l'ordre parfait devaient à la fois s'imposer à la pratique des cours de justice par leur propre force, et captiver les esprits supérieurs : de l'autre, une tradition coutumière, composée d'éléments incertains et fugitifs, sans lien ni ressort, empreinte encore d'une rudesse presque barbare. La lutte ne s'engagea pas moins. On peut reconnaître, dès l'abord, aux premiers engagements, quel en sera le résultat; c'est ici surtout que se vérifie le caractère de l'esprit français que nous avons signalé déjà, cette vertu d'assimilation qui lui fait trouver, jusque dans ses défaites, d'utiles conquêtes.

On dirait, au premier instant, que le droit romain l'emporte : on l'enseigne publiquement à Montpellier, à Paris, à Toulouse, à Orléans [1]; dès le règne de Philippe-Auguste, on traduit en français des livres de Justinien [2]; Louis XI, dans ses *Establissements*, mêle, pour parler comme Montesquieu, la jurisprudence romaine avec la jurisprudence française; lorsque Pierre de Fontaine écrit son *Conseil*, non-seulement, pour parler encore comme Montesquieu, il fait grand usage des lois romaines, mais de plus il ne croit pouvoir mieux faire que de le calquer, pour l'ordre des matières, sur le code de Justinien; enfin il l'adresse *à un gentixhous, pour le former à rendre la justice* [3].

Cependant la résistance du droit national ne tarde pas à se manifester, soutenue par la royauté. Dès 1220, s'il faut en croire Philippe le Bel, la royauté s'allie aux canonistes, pour empêcher que le droit civil ne prenne rang parmi les sciences dont elle reconnaît et protége l'enseignement dans la capitale de ses Etats [4]. En 1250, chacun des deux partis a choisi son drapeau;

---

[1] Savigny, *loc. cit.*, chap. XXI, § 126 à 153.

[2] Lathaumassière, *Questions sur la cout. de Berry*, cent. 1, chap. I. — Montesquieu, *Esprit des Lois*, liv. XXVIII, chap. XXXVIII.

[3] Montesquieu, *loc. cit.*, liv. XXVIII, chap. XXXVIII. — M. Laboulaye, dans la *Revue bibliographique et critique de Droit français et étranger*, 1853, n° 1, p. 28.

[4] Préambule de l'édit de 1312, *sup. cit.*

le droit romain ne s'appellera plus seulement la loi, *lex, lex romana*; en présence de la coutume, son adversaire, il se qualifie de droit écrit, *jus scriptum* : dès lors aussi la France se partage en deux camps, les pays romains deviennent les pays de droit écrit, les pays gaulois seront les pays coutumiers. *Terra illa*, dit saint Louis en parlant des premiers, *regi consuevit... jure scripto... licet de consuetudine gallicanâ aliter observetur*, poursuit-il en parlant des seconds [1]. En 1270, dans ses *Establissements*, s'il reconnaît au *droit* une autorité de raison supérieure, saint Louis a soin de poser en principe formel que *coutume passe pour droit et est tenue pour droit* [2]. Au Parlement de Paris, en 1277, on trouve une chambre spéciale qui juge exclusivement suivant le droit écrit, *l'auditorium juris scripti,* qui sera plus tard, sous Philippe le Bel, la *Chambre de la langue d'oc* ; jaloux de maintenir la distinction des pays coutumiers et des pays de droit écrit qui sauvegarde l'indépendance du droit national, le Parlement adresse à la fois aux avocats la défense d'alléguer le droit écrit dans les procès mus sous l'empire de la coutume, et aux plaideurs la défense de troubler l'ordre des juridictions, en portant à la chambre coutumière les contestations qui relèvent de la chambre du droit écrit [3].

La lutte se rencontre à chaque pas dans les actes de Philippe le Bel. Le Parlement se réunit à la Pentecôte 1286, pour trancher certaines difficultés survenues entre le roi de France et le roi d'Angleterre, au sujet des possessions anglaises en Guienne ; il fixe nettement, dans une longue suite de dispositions quasi-législatives, les points de contact et de dissidence du droit coutumier et du droit écrit [4]. Une ordonnance de 1302, rappelant les prescriptions de 1277, donne, pour la première fois peut-être, au droit coutumier le titre de droit commun [1]. Il faut entendre en 1312, Philippe IV, érigeant l'université de lois d'Orléans, assigner au droit national son véritable caractère, au droit romain sa véritable place... « Regnum nostrum consuetudine moribus« que præcipuè, *non jure scripto*, regitur, licet in partibus ipsius « regni quibusdam subjecti, *ex permissione nostrorum progeni« torum et nostrâ*, juribus scriptis utantur in pluribus, *non ut ju« ribus scriptis ligentur*, *sed consuetudine juxtà juris scripti « exemplar moribus introductâ* [2]. » Enfin le Parlement appuie de ses arrêts les efforts de la royauté; que la coutume et le droit romain se trouvent en conflit sur un même point, la solution du débat va de soi [3].

---

[1] Lettres-patentes du 8 avril 1250, *Recueil des ordonn.*, t. I, p. 62.

[2] *Establissements*, liv. II, chap. XCIII.

[3] *L'Auditorium juris scripti* se composait de cinq conseillers, et siégeait le vendredi, le samedi et le dimanche de chaque semaine. — V. Beugnot, *Olim*, t. II, *Notes*, p. 888, et t. III, *Préface*, p. 24. — « Li advocat ne soient « si hardi de eux mesler d'aléguer droit escrit, là û coustumes ayent leu, « mès usent de coutumes... Nuls des terres qui sont gouvernées de droit « escrit, soit en la Chambre des Plets, mès aille aux auditeurs à ce desti- « nés. » (Ducange, v° *Jus scriptum.*)

[4] *Olim* (Ed. Beugnot), t. II, p. 39, IV, VI, VII ; p. 40, XI, XIII. — « Item « ille qui vocabitur ad jus super crimine, si sit absens, et non veniat ad jus, « non poterit per aliquem alium, sive procuratorem, sive per conjunctam « personam appellare ad impediendum processum judicis sui, sed si veniat

Ce n'est pas évidemment sans un intérêt grave que la royauté lutte ainsi pour le droit national. Un moment relevé par Charlemagne, le sceptre de l'empire romain d'Occident est passé après lui des mains débiles de ses successeurs à l'Allemagne, qui l'a conservé depuis et sait revendiquer à l'occasion l'héritage de souveraineté qu'elle prétend en avoir recueilli; reconnaître en France la loi romaine à titre de droit commun, ne serait-ce pas renouer la chaîne rompue des traditions romaines, et reconnaître en même temps l'autorité de l'Empire? Aussi Philippe le Bel, en établissant à Orléans l'enseignement du droit romain, réserve-t-il soigneusement son pouvoir souverain que cette concession ne saurait altérer... « Non putet igitur aliquis nos recipere, vel « progenitores nostros recepisse consuetudines quaslibet sive le« ges, ex eo quòd eas in diversis locis et studiis regni nostri per « scholas legi sinantur [4]. » De même les juristes français, les ro-

---

« postquàm erit bannitus et alleget justas causas absenciæ, audietur et fiet jus, « *et hoc in terrâ quæ regitur jure consuetudinario. In terrâ quæ regitur jure « scripto, servabuntur jura scripta.* » — « *In terrâ quæ regitur jure consue« tudinario*, poterit appellari à quocunque judicio, tanquàm pravo et falso, « et à defectu juris, *sed in terrâ quæ regitur jure scripto, servabuntur in hoc « jura scripta.* »

[1] « Ordinamus etiam quòd si aliquæ personæ provinciarum *quæ jure com« muni reguntur*, in nostro parlamento causas habeant quæ *jure scripto* « debeant terminari, sententia diffinitiva ipsarum secundùm jus scriptum... » (Ducange, v° *Jus scriptum.*)

[2] Préambule de l'édit de 1312, *sup. cit.*

[3] *Olim* (Ed. Beugnot), t. II, p. 454, arr. de 1301.

[4] Préambule de l'édit. de 1312.

manistes comme les coutumiers, saisiront toutes les occasions de proclamer que le roi de France est *empereur* en son royaume, qu'il peut y faire ordonnances *qui tiennent et valent loi*, et généralement faire *tout et autant qu'à droit impérial appartient* [1].

III. — *Suite.* — La lutte marche avec le temps, et à mesure qu'elle marche, se développe le travail d'assimilation que nous avons indiqué plus haut. On en trouve les premières traces dans Beaumanoir, qui conserve les traditions du droit national plus pures de l'alliage romain que ne fait de Fontaine [2].

Au temps de Philippe le Bel, on proclame que l'influence du droit romain est propre surtout à entretenir dans la législation cet esprit de raison et d'équité qui la rattache aux principes les plus élevés de la morale et de la justice... *Præsertim ad doctrinam æquitatis et rationis fovendam, per quas in causis forensibus hujus regni judicari consuevit* [3]. Les coutumiers du xive siècle portent tous, à un degré plus ou moins saillant, l'empreinte de cette idée; le texte des lois romaines, les brocards de la glose d'Accurse, deviennent le commentaire obligé des coutumes; les institutions nationales n'échappent pas elles-mêmes à ce contact forcé, les glossateurs ont annoté le *livre des fiefs*, ils ont rattaché par l'emphytéose le droit féodal au droit romain, les coutumiers suivent leurs traces. C'est néanmoins sur le terrain du droit civil que la pression romaniste se fait surtout sentir. On en peut juger à voir la physionomie générale des livres de cette époque.

La civilisation du moyen âge, ses divers éléments, leurs rapports, s'y peignent fidèlement. La législation féodale y prend la première place : les prérogatives du prince et des seigneurs, la juridiction seigneuriale, les priviléges et les devoirs des communes, le droit des fiefs, des censives et des redevances féodales en général, la distinction des nobles et des vilains, francs ou serfs, forment les principaux chefs de cette première partie. Le second rang appartient à la législation des cours de justice; on voit s'y développer la procédure du temps avec ses détails confus de compétence et de formalités. Le droit pénal vient après, empreint encore du caractère matérialiste et rigoureux des lois barbares. Dans ces diverses nomenclatures, le droit romain exerce une part légitime d'influence; le plus souvent c'est à titre d'autorité rationnelle qu'on l'invoque, on lui emprunte, non point ses principes, mais les formules dont il a revêtu les principes du droit naturel.

---

[1] Bouteillier, *Somme rurale*, liv. II, tit. I.—Guy-Pape, *Decision.*, quest. 239. — « Non glorientur Imperiales ex hoc arguere, quòd regnum Franciæ esset « subjectum imperio, *quia hic loquitur de quâdam Franciâ quæ est in Ale*« *maniâ.* » (Joann. Faber. *in Instit. procem.*, in v° *Francicus*).— « Rex Fran« ciæ in regno suo *Imperator* dicitur. Super omnes reges est. » (Balde, in l. *exempto*, Cod. *de probation.*)— « Rex in regno suo *æquiparatur Impera*« *tori*, et tantam habet vel majorem potestatem, *quam Imperator in Imperio.* » (Boerius, *Decis.*, quest. 178, 9.)

[2] Montesquieu, *Esprit des Lois*, liv. XXVIII, chap. xxxviii.

[3] Préambule de l'édit de 1312, *sup. cit.*

Il en est autrement dans les matières du droit civil. Les institutions de ce droit sont reléguées par les coutumiers sur un plan secondaire où figurent à peu près seuls le mariage, la communauté, les successions et les testaments, c'est-à-dire les institutions nationales. Suivant la remarque d'un ancien historien, on voit qu'en traitant ces matières, les coutumiers supposent toujours un droit général qui les domine, et s'attachent surtout à marquer nettement les principes exceptionnels du droit spécial qu'ils étudient [1]. Ce droit général n'est autre évidemment que le droit romain. Ne sommes-nous pas à l'époque où l'on dit de la glose, qu'elle est l'idole du barreau, l'oracle de la justice? Et le droit romain, à cette même époque, n'est-ce pas la glose [2]?

Tous ces indices de la lutte feraient défaut, que les traces s'en retrouveraient encore chez les romanistes eux-mêmes. Dans le principe, les glossateurs proclament bien haut la supériorité du droit sur la coutume, et ne peuvent admettre que la loi coutumière déroge en rien à la loi écrite, *non autem lex scripta in corpore juris tollitur consuetudine*. Plus tard, l'autorité des faits et la nécessité de la pratique les forcent à modifier leur doctrine. Bulgare, par exemple, admet une dérogation partielle et repousse une abrogation générale, *derogat in parte, non abrogat quod est in totum.* Bassianus reconnaît à la coutume le pouvoir d'abroger la loi écrite, hormis un cas, celui où l'on opposerait une disposition coutumière spéciale à un principe général de droit écrit... *Consuetudo vincit legem, sive sit generalis, et tunc generaliter, sive sit specialis, et tunc specialiter... non autem specialis vincit generalem.* Si la loi écrite, dit un troisième avis, est telle qu'on puisse y déroger par une convention privée, elle doit céder à la coutume ; sinon, non. La coutume n'est-elle pas une sorte de convention tacite? *Et merito parificant consuetudinem pacto, quum ipsa sit tacitus consensus.* Suivant une autre opinion, une bonne coutume doit l'emporter sur une mauvaise loi : *Bona consuetudo vincit legem, mala non* [1]. On maintient donc en thèse générale la suprématie du droit romain : la sagesse de ses principes n'offre-t-elle pas un guide sûr à la conscience, et ne se recommande-t-elle pas à l'attention du juge [2]? Mais on est en même temps forcé de reconnaître une certaine autorité à la coutume : en vain résiste-t-on, en vain exige-t-on des conditions toujours plus restrictives pour élever l'usage à la hauteur d'une loi [3], on est contraint d'admettre que la coutume a le triple pouvoir d'imiter, d'interpréter et de corriger le droit écrit : *Consuetudo habet tres virtutes, scilicet imitandi legem, interpretandi legem, ubi est dubia, et corrigendi* [4].

---

[1] Argou, *Institution du Droit français, Introduction*, t. I, p. 88.

[2] Salicetus in l. II, c. *de sentent. quæ sine certâ quant. prof.*, lepido exemplo docet quomodò Glossam sequi debeat judex his verbis : « Quemadmodum « (inquit ille) qui nescit equitare, tenet se super arzone; itâ judex qui nescit « judicare debet sequi opinionem Glossæ. » — « ..... Glossam esse idolum « advocatorum... esse juris idolum. (Cynus, in l. *non morit.*, c. *de contr. stipul.*, et in l. I, c. *de oblig. et action.*)

Le xv^e^ siècle donne une nouvelle énergie à la lutte que lui a léguée le xiv^e^. Au contact civilisateur du droit romain, le droit français prend un corps, ses éléments jusque-là disjoints ont maintenant un lien qui les réunit, on sent déjà que dans cet ensemble d'usages épars se trouve le germe fécond d'une législation complète, avec ses caractères distinctifs ; déjà même cette législation a formulé ses principes dans des codes dont l'usage consacre chaque jour l'autorité. Mais en même temps qu'il se développe, le droit national tend à se dépouiller des vêtements d'emprunt qui jusqu'à présent l'ont protégé, il répudie la tutelle qui a guidé ses premiers pas, il s'émancipe. La première réformation des coutumes est le terrain où s'engagera cette dernière phase de la lutte ; soutenu par Dumoulin, le droit français l'emportera.

---

[1] La somme d'Azon et la glose d'Accurse (*Ed. Dyon. Gothofredo*), in l. *consuetudinis*, c. *quæ sit longa consuetudo*, v° *aut rationem : id., id.*, in l. *de quib. caus.*, D. *de legibus*, v° *Abrogentur.*

[2] « Juris civilis sapientia sanctissima quoad animam, quia ejus præcepta « concordant cum divinis, et est firmissima quoad mundum. » — (Glose d'Accurse, in l. *præses*, § *proindè*, D. *de extraord. cognit.*, V° *Sanctissima.*)

[3] Glose d'Accurse, in l. *Quib. caus.*, ub. sup., v° *Inveterata*, et in l. *diuturna*, ib., v° *Diuturna.*

[4] Glose d'Accurse, in l. *Leges*, in v° *Imitatur.*

IV. — *Le droit national dans les écrits de Dumoulin.* — L'antagonisme que nous avons montré se perpétuant jusqu'au XVIe siècle entre le droit romain et le droit français, se retrouve tout entier dans les livres de Dumoulin ; vous y retrouverez aussi le travail de fusion que nous avons indiqué, arrivant à son résultat complet.

Le droit romain présente à l'esprit de Dumoulin un ensemble imposant qui le séduit, comme il a séduit les légistes ses devanciers. Logicien rigoureux, il trouve dans les écrits des jurisconsultes de Rome cet enchaînement, cette méthode, qui, un principe posé, savent en déduire une à une les conséquences, sans se détourner de la voie ; cette sobriété de langage et de dialectique qui prête une force nouvelle au raisonnement, et qui, saisissant dans le problème le point culminant, impose la décision, comme par l'autorité de l'évidence. Aussi le droit romain devient-il entre ses mains une arme puissante ; il foudroie la féodalité de ces décisions brèves et incisives qui sont propres à la législation romaine, et ont à la fois la force et la vertu de l'axiome; il emprunte surtout à la loi romaine ses principes sur les contrats, émanations vivantes de la loi morale ; il assujettit le contrat de fief à ces règles nettes et précises qui ne demandent point de motifs et entraînent avec elles une irrésistible conviction. En un mot, nous le savons déjà, le droit romain pour lui est un droit sacré [1].

Si loin que Dumoulin porte son admiration pour le droit de Rome, n'allez pas croire néanmoins qu'il lui attribue en France une autorité légale absolue. Loin de là ! Dumoulin est avant tout un juriconsulte français, il suffit d'ouvrir ses livres, pour l'y voir prendre à chaque pas les titres de jurisconsulte parisien, avocat au Parlement de Paris, jurisconsulte français; c'est ainsi qu'il signe ses conseils, *et ego itâ censeo Carolus Molinens, Franciæ et Germaniæ jurisconsultus, et in supremo Parisiorum senatu antiquus advocatus.* A Dôle, à Tubinge, à Montbelliard, lorsque la persécution française le chasse de ses foyers, il ne renie point sa patrie, et il se proclame encore jurisconsulte français, avocat au Parlement de Paris [1]. Enfin, il le dit lui-même : « J'aime, je l'avoue, le nom français, son antique noblesse et sa vieille renommée. » *Fateor me zelatorem esse francisci nominis, et antiquæ Francorum nobilitatis, dignitatis et virtutis* [2].

---

[1] « ...Quod si procedat in *sacris* Pandectis... » (Dumoulin, *ad Cons. paris.*, tit. I, § 20, gl. 3, nº 10.)

Aussi lorsqu'il veut donner à la France un droit qui lui appartienne en propre, en cherche-t-il les éléments dans le droit coutumier, dans la tradition des vieux usages, dans les anciennes coutumes, le reflet vivant des mœurs nationales. Il le repète à plusieurs reprises, il ne faut jamais abandonner la pratique des temps passés, sans de graves motifs: *Luculentum exemplum, antiquam praxim non esse levi subtilitate temerè mutanda* [3]. Il le redit après Balde : *Ab antiquâ praxi non est recedendum.... quia communis observantia tanquam lex servari debet, et minimè mutanda sunt quæ certam interpretationem semper habuerunt... leges in scholis deglutiuntur, sed in palatio digeruntur, quia practica est scientia digestiva* [4].

Son point de départ est donc la coutume, voilà le droit commun, la loi générale qui dispose, sans distinction de personnes, pour tous ceux qu'elle régit : *Consuetudo propriè non est jus formatum privato competens.... sed est lex generalis in communi disponens* [5]...

Qu'on ne donne pas ce titre au droit romain, il n'est et ne peut en aucune façon être considéré comme le droit commun de la France ; jamais les Français n'ont été soumis à l'empire du droit romain ; quoi de plus ridicule que la prétention de ces jeunes hommes sans expérience, qui ont quitté d'hier l'école des docteurs italiens, et veulent trouver dans nos coutumes des statuts locaux, dans la loi romaine le droit commun qui les domine toutes? Cette doctrine peut être vraie en Italie, mais en France, elle est inadmissible. En vain disent-ils que tout droit local suppose nécessairement un droit commun auquel il se rapporte; nos coutumes ne constituent point des statuts locaux; elles forment chacune dans l'étendue de son ressort, le droit commun des pays qu'elles régissent. *Apud nos consuetudines nostræ non*

---

[1] Dumoulin, *Consilia* (œuvres, t. IV, p. 1476); *cons.* 1, et suiv., 10, 11 et suiv., 35, 36 et suiv.

[2] Dumoulin, Préface des *Annotations* sur les Conseils d'Alexandre.

[3] Dumoulin, *ib.*, *ib.*, tit. II, § 74, gl. 1, nº 116.

[4] Dumoulin, *ad Cons. paris.*, tit. I, § 45, nº 11.

[5] Dumoulin, *ib.*, *ib.*, tit. II, § 76, nº 19.

sunt jura municipalia, sed sunt jura communia cujusque loci [1].

La France, reprend ailleurs Dumoulin, a toujours eu son droit national et ses coutumes propres. Le droit romain n'a jamais eu parmi nous force de loi; à l'époque de sa renaissance, il est vrai, on lui a reconnu en France une autorité plus grande qu'on n'avait fait auparavant, mais on ne lui a jamais attribué qu'une autorité de raison.... *Non tanquàm adstringentia.... sed tanquàm in auxilium et adminiculum, quatenus rationabilia sunt moribus et usibus Galliæ consentanea* [2]. Ne sont-ce pas là les pures traditions de l'école des légistes, telles que Philippe le Bel les formulait en 1312? On les reconnaîtra mieux encore à ces autres paroles de Dumoulin, lorsqu'il dit après Bouteillier, Faber et Guy-Pape.... *Galliæ municipia... quasi sint aut fuerint appendices aut membra imperii romani, quod prorsus falsum est* [3].

Faudra-t-il chercher davantage le droit commun dans les constitutions royales ou dans le droit canonique? Non. Laissez les flatteurs de cour, comme Rebuffe, donner ce titre aux ordonnances des rois, ils se trompent et ils trompent en même temps. Les ordonnances, il est vrai, régissent le royaume entier, mais elles négligent le droit privé, elles ne sont souvent que transitoires, le plus habituellement elles ont un intérêt fiscal [4]. Tels ne sont point évidemment les éléments du droit commun.

---

[1] « Nihil ineptius quàm quod juvenes quidam inexperti recens à scholis re- « versi, scholastica Italorum doctorum argumenta adducunt, videlicet statuta « strictè... intelligenda, utque minùs gravent *jus commune* ad quod semper « in dubio recurrendum... Illa enim procedunt in Italià... Cujus oppositum « est in hoc regno ubi consuetudines locorum malè perperamque à quibus- « dam jura municipalia vocantur, *sed nesciunt illi quæ dicant nec de quibus* « *loquantur*. Si quidem omne jus municipale in contrarium præsupponit jus « commune : *atqui in hoc regno non recognoscimus hoc jus commune.* » (Dumoulin, *loc. cit.*, tit. I, *proœmium*, n° 108.)

[2] Dumoulin, *Tract. de dignitat. magist. et civibus romanis*, n° 143.

[3] Dumoulin, *loc. cit.*, ibid. — et *ad cons. paris.*, tit. I, *proœmium*, n° 110. — « *Non quod unquam fuerimus subditi Justiniano magno aut successori-* « *bus ejus* : sed quia jus illo authore à sapientissimis viris ordinatum, tam « est æquum, rationabile, et undequaque absolutum, ut omnium ferè chris- « tianarum gentium usu et approbatione commune sit effectum. »

[4] « Novi quidam scioli, ut Petrus Rebuffus, aut adulatores aulici, jus com- « mune Francorum vocant constitutiones Regias, sed fallunt et falluntur..... « Non sunt enim aliud quàm placita particularia, pro majore parte temporaria « et momentanea, et sæpiùs quæstuaria. » (Dumoulin, *loc. cit.*, n° 106.)

Le droit canonique n'a pas force de loi en France ; comment y formerait-il le droit commun [1] ?

En un mot, la France a toujours eu certaines institutions propres ; son droit s'est toujours séparé, même dès l'origine, sur certains points saillants, du droit romain, principalement en ce qui touche les successions, les conventions matrimoniales, les fiefs, les censives, les retraits ; il a toujours reconnu certaines règles fondamentales, ignorées ou répudiées des Romains, notamment la dévolution des propres de succession aux parents de la ligne d'où ils sont échus au défunt, la saisine héréditaire, le retrait lignager [2]. Ces institutions propres, ces points saillants, ces règles fondamentales, voilà les éléments du droit commun de la France.

Cela posé, descendons avec Dumoulin des principes à l'application. Une difficulté s'élève dans une matière quelconque, il faut s'adresser d'abord à la coutume sous l'empire de laquelle elle se produit [3]. Cette coutume est-elle muette, ou ne donne-t-elle pas à la difficulté une solution précise ; il faut interroger les coutumes voisines, et, à leur défaut encore, l'usage commun de la France sur le point en litige : *Deficiente verò vel dubiâ consuetudine localis præfecturæ, tùm in materiâ consuetudinum nostrarum non est recurrendum ad jus romanum, sed vicinas et generales, et promiscuas consuetudines Galliæ* [4]. Toutes ces autorités manquent-elles, qu'on s'adresse alors au droit romain, mais qu'on ait soin de lui emprunter seulement celles de ses dispositions qui sont d'accord avec l'équité et qui cadrent avec le problème dont on cherche la solution. *Ultimo verò loco è jure scripto romano mutuamur, quod et æquitati consonum et negotio quo de agitur, aptum congruumque invenitur* [5].

Précisons plus encore. Une difficulté s'élève dans la matière des fiefs, la coutume est muette, le droit général n'offre pas de solution, irez-vous de prime abord demander à la législation romaine ses règles sur l'emphytéose, pour les appliquer au fief? Non, c'est à tort que Balde enseigne le contraire : *De se non valet argumentum de feudo ad emphyteusim, vel contra* [1]; il faut de plus que la disposition empruntée à la loi romaine ne blesse pas l'équité, et soit conforme aux mœurs françaises : *Quatenus rationi congruit, nec receptis moribus repugnat* [2]. A plus forte raison ne devra-t-on pas invoquer les législations étrangères [3]; il ne faudra même pas, quoi qu'aient écrit Boerius et Chassanée, s'en rapporter au *livre des fiefs*.

---

[1] Dumoulin, *loc. cit.*, t. I, § 43, gl. 1, nº 40 ; § 51, gl. 2, nº 66.

[2] Dumoulin, *loc. cit.*, *Proœm.*, nº 107. « Franci et Galli semper habuerunt « consuetudines quasdam generales et communes, prorsùs discrepantes à « jure communi Romanorum *cui nunquàm subditi fuerunt*... Ut cùm hæredia « deferuntur stirpe vel linea à quà processerunt ; quòd posset ipso jure tran- « sire in hæredem legitimum... ; quòd propinquus stirpis hæredium venditum « retrahat... »

[3] Dumoulin, *loc. cit.*, tit. I, § 33, gl. 1, nº 66.

[4] Dumoulin, *loc. cit.*, *Proœmium*, nº 107.— Id., *Tractatus dignit. mag. civ.*, etc., nº 143.

[5] Dumoulin, *ad cons. paris.*, tit. I, *Proœmium*, nº 107.

Ce livre, en effet, n'a point force de loi ni de coutume, il ne faut lui donner ni l'un ni l'autre de ces deux titres. Qu'étaient Obertus de Orto et Gerardus Niger, ses auteurs? Obertus était un simple particulier, avocat à la Cour de justice de Milan, il n'avait reçu mission ni du peuple ni du prince pour rédiger la loi féodale du Milanais. En vain écrit-il au frontispice de son livre, ces mots : *Incipiunt consuetudines feudorum*, ces prétendues coutumes ne sont que des usages locaux, souvent opposés les uns aux autres, variant avec les cités et les cours de justice, et souvent le compilateur rapporte sur un même point les opinions les plus diverses, sans prendre soin de trancher la question. Quant à Gerardus, on ne sait pourquoi son nom s'est attaché à cet ouvrage, car rien n'indique qu'il y ait collaboré, et l'on n'y trouve guère que ses opinions relatées par Obertus [4].

Dumoulin, on le voit, conserve fidèlement les traditions de l'école des légistes, il les recueille, il les précise, il les érige en principes : qu'on ne parle plus maintenant de l'autorité légale du droit romain en France, que les glossateurs ne disputent plus sur le conflit du droit écrit et de la coutume, vaines prétentions, controverses inutiles : *Non sunt nec unquàm fuerunt jus commune in Galliâ, quicquid inepti quidam scioli blaterent, qui putant se esse Romæ, vel Florentiæ, vel Bononiæ crassæ, vel Senis* [5]. Comparez cette doctrine ferme et nette aux principes que nous avons vus naître sous la plume de Philippe le Bel et des premiers légistes, et prononcez vous-mêmes quels progrès a faits depuis trois siècles le travail de fusion et d'assimilation que nous avons signalé dès l'abord.

---

[1] Dumoulin, *loc. cit.*, § 1, gl. 5, nos 78 et 79.

[2] Dumoulin, *loc. cit.*, *Proœmium*, no 111.

[3] « Quemadmodùm consuetudo nostra etiam in feudis nihil habet com-
« mune cum illis feudorum Insubriæ usibus, ita nec interpretatio consuetu-
« dinis nostræ cum interpretationibus dictorum usuum. » (Dumoul., *loc. cit.*, t. I, § 69, no 1.)

[4] Dumoulin, *loc. cit.*, *Proœmium*, nos 100, 101, 102, 103 et 113.

[5] *Tractat. de dign. mag. et civ. roman.*, no 143.

V. — *Dumoulin et l'école Bartoliste.* — Ce n'est pas seulement dans la sphère des institutions que Dumoulin a porté le cachet de son esprit national, il l'a encore imprimé au mouvement scientifique de son époque.

Un génie, quelque puissant qu'il soit, suit la loi naturelle, il a des aïeux, il a des descendants, mais, et c'est là son privilége, il donne à la famille juridique dont il est membre, une impulsion qui n'appartient qu'à lui. Par quels liens Dumoulin se rattache-t-il donc aux écoles juridiques qui l'ont précédé?

Dumoulin, par la forme de ses ouvrages, se relie à la fois aux trois écoles dont nous avons esquissé plus haut les caractères. Vous retrouvez chez lui la *glose* proprement dite, dans certaines parties de son commentaire sur les derniers titres de la coutume de Paris [1], et dans certains passages de l'*Extricatio labyrinthi sexdecim legum* [2], de la *Nova et analytica explicatio l. Si mater* [3], du *Tractatus de eo quod interest* [4], enfin dans le *Novum Glossema, ad l. Si totas* [5]. C'est encore sous cette forme qu'il a écrit la première moitié de son commentaire sur l'édit des petites dates [6]. Dans ces différents cas, il donne à ses gloses le titre d'*Epitome*, et quelquefois même de *Glossema*. Lorsqu'il compose des gloses suivies sur une partie complète du corps de droit, ou sur les œuvres d'un jurisconsulte, il leur donne le nom d'*Annotationes*; c'est ainsi qu'on a de lui les *Annotationes in consilia Philippi Decii* [7], les *Annotationes solemnes in commentaria Philippi Decii in jus pontificium* [8], les *Notæ in commentaria Philippi Decii ad Digestum vetus et codicem Justinianeum* [9], les *Notæ solemnes ad*

---

[1] Dumoulin, *Opera omnia*, t. I, p. 1635 et s., p. 1650, 1626, 1660, etc.

[2] *Id.*, *ib.*, *ib.*, t. IV, p. 705, 725 à 730.

[3] *Id.*, *ib.*, *ib.*, p. 791, 792, 873 et 874.

[4] *Id.*, *ib.*, *ib.*, p. 941 à 944.

[5] *Id.*, *ib.*, *ib.*, p. 1185 et 1186.

[6] *Id.*, *ib.*, *ib.*, t. III, p. 385 à 428.

[7] *Id.*, *ib.*, *ib.*, t. II, p. 1383.

[8] *Id.*, *ib.*, *ib.*, p. 1543.

[9] *Id.*, *ib.*, *ib.*, p. 1647.

consilia Alexandri Tartagni[1], les *Notæ in tractatum Joannis de Selva de beneficiis*[2], et les *Notæ in commentarium Dyni Muxellani in regulas juris pontificii*[3]. Ses gloses sur le texte, non plus d'un jurisconsulte, mais d'une loi, composent d'abord un ouvrage complet sur le corps entier du droit canon, avec le titre d'*Annotationes in jus canonicum seu pontificium*[4]; elles composent ensuite ses *Notæ solemnes ad consuetudines gallicas*

A côté de la glose, on retrouve dans les livres de Dumoulin le *Traité*, ainsi que l'avaient conçu les Irnériens, développé seulement par les progrès de la science et du temps. Tantôt il y prend le titre modeste de *Tractatus*; tel est le *Tractatus de eo quod interest*[6], tel est encore le *Tractatus contractuum et usurarum redituumque pecunia constitutorum et monetarum*[7]. Tantôt il se pare de l'appellation plus pompeuse d'*Extricatio*; telles sont l'*Extricatio labyrinthi dividui et individui*[8]; l'*Extricatio labyrinthi sexdecim legum*[9]. Tantôt enfin il se couvre des titres variés d'*Explanatio*, d'*Intellectus*, de *Scholia*, d'*Enarrationes*, selon son importance ou sa longueur. *Novus et analyticus Intellectus quatuor legum*[10], *Explanatio legis Si totas*[11], *Enarrationes novæ in quinque leges*[12], *Scholia in l. Ususfructus*[13].

Vient ensuite le commentaire, qui dans les livres de Dumoulin affecte une double forme. On l'y rencontre, en effet, soit simple, tel que nous le connaissons encore aujourd'hui, soit glosé. Sur le premier type, Dumoulin a écrit le *Commentavius analyticus in regulas cancellariæ romanæ hactenùs in jure receptas*[14], le *Commentarius analyticus ad edictum Henrici II contra parvas datas*[15], et le *Commentarius in codicem Justiniani*[16]. Ce dernier ouvrage néanmoins tient en plus d'un point à la glose proprement dite, ou plutôt il affecte une forme particulière qui passe à chaque instant de la glose au commentaire et du commentaire à la glose.

---

[1] Dumoulin, *Opera omnia*, p. 1746.
[2] *Id.*, *ib.*, *ib.*,, t. III, p. 1017.
[3] *Id.*, *ib.*, *ib.*, p. 1027.
[4] *Id.*, *ib.*, *ib.*, p, 809.
[5] *Id.*, *ib.*, *ib.*, t. IV, pars II, p. 297.
[6] *Id.*, *ib.*, *ib.*, t. IV, p. 941.
[7] *Id.*, *ib.*, *ib.*, t. 2, p. 1.
[8] *Id.*, *ib.*, *ib.*, t. IV, p. 187.
[9] *Id.*, *ib.*, *ib.*, p. 675.
[10] *Id.*, *ib.*, *ib.*, p. 731.
[11] *Id.*, *ibb.*, *i.*, p. 1061.
[12] *Id.*, *ib.*, *ib.*, t. IV, p. 807.
[13] *Id.*, *ib.*, *ib.*, p. 803.
[14] *Id.*, *ib.*, *ib.*, t. III, p. 1.
[15] *Id.*, *ib.*, *ib.*, p. 505.
[16] *Id.*, *ib.*, *ib.*, t. IV, pars II, p. 1.

Sur le second type, Dumoulin a composé ses *Commentarii in duos priores titulos consuetudinis parisiensis* [1], son chef-d'œuvre, plus connus sous le nom de *Traité des fiefs* et de *Traité des censives*. La forme du commentaire glosé qu'il avait prise de l'école Bartoliste, et que Tiraqueau avait employée avant lui, convenait bien au but qu'il se proposait dans son livre sur la coutume de Paris ; ses divisions nettes et tranchées lui permettaient, mieux qu'aucune autre forme, de porter la lumière dans les ténèbres du droit féodal, et de ramener à des principes clairs et précis la science jusqu'alors si obscure et si confuse des feudistes. Qu'on juge de sa méthode par un simple exemple. « Le seigneur « féodal, dit l'article 1er de la coutume de Paris, par faute d'homme, « droicts et devoirs non faicts et non payez, peut mettre en sa « main le fief mouvant de luy, et iceluy fief exploicter en pure « part, et faire les fruicts siens pendant la mainmise. » Neuf points dans cet article frappent l'attention de Dumoulin, il note chacun d'eux par les mots du texte qui le mettent en relief, et dans un *Epitome* rapide, il annonce que le commentaire de cet article se partagera en neuf gloses. Dans la première, sous la rubrique *le seigneur féodal*, nous verrons qui peut pratiquer la saisie ; dans la seconde, sous les mots *par faute d'homme*, pour quels motifs elle peut être pratiquée ; la troisième, sous le mot *peut*, limitera les droits du saisissant ; la quatrième, sous la rubrique *mettre en sa main*, étudiera les formes de la saisie ; la cinquième, annoncée par ces mots *le fief*, indiquera les objets qu'elle peut frapper ; la sixième, annoncée par ceux-ci *mouvant de luy*, développera cette condition essentielle à la saisie féodale, que le fief saisi doit relever directement du saisissant ; la septième, sous les mots *exploiter en pure part*, expliquera les effets de la saisie à l'égard des tiers ; la huitième traitera de la jouissance du fief par le saisissant ; la neuvième enfin de la mainlevée de la saisie. En un mot, nous aurons un exposé complet des règles sur la saisie féodale. Chaque glose se divisera elle-même en un certain nombre de paragraphes, distingués chacun par un numéro d'ordre, et apostillés chacun aussi d'une notice brève et précise qui d'un trait en résume le contenu [1].

---

[1] Dumoulin, *Op. omn.*, t. I, p. 1.

Dumoulin se rattache encore à l'école Bartoliste par ses *Consilia*. Toutes les grandes contestations qui se sont mues à son époque, soit devant le Parlement de Paris, soit même à l'étranger, ont été soumises à son approbation. Parmi les plaideurs qui sollicitent son avis, on trouve le duc de Wurtemberg, la ville et le sénat de Francfort, le landgrave de Hesse, les conseillers du Parlement de Paris; c'est assez dire que le champ de ces discussions particulières est aussi vaste que le domaine des luttes judiciaires : droit féodal, droit canonique, droit public, droit privé, droit français, droit étranger, droit coutumier, droit écrit, chacun des éléments de ce vaste cadre a sa place dans les Conseils de Dumoulin [2].

Enfin, comme s'il fallait un dernier détail à cet immense tableau qui résume dans un même cercle tout le passé de la science juridique, on trouve dans les livres de Dumoulin une *Quæstio juris, de donationibus in contractu matrimonii factis* [3]; on dirait une page détachée des œuvres de l'école Irnérienne.

VI. — *Suite.* — Si de l'étude de la forme, dans les livres de Dumoulin, on passe à l'étude du fond, on arrive à des conclusions identiques. Dumoulin a pris de l'école Bartoliste, son système général d'exposition, dans ce qu'il avait de conforme à la logique et à la raison ; loin de s'en servir pour pulvériser le droit et le réduire en atomes, comme faisait Barthole, il a su l'approprier à son esprit rigoureusement logicien. Sobre de divisions et de distinctions, il n'emploie la méthode scolastique que pour porter dans les matières qu'il aborde l'ordre et la clarté. Le syllogisme est son arme ordinaire, les développements sont rares chez lui, il pose presque toujours des principes et raisonne plus souvent qu'il ne discute. Personne mieux que lui ne sait résumer une théorie entière dans un axiome complet. Par suite de ces tendances, sa méthode d'exposition tourne d'habitude dans un même cercle, mais l'enchaînement des idées et la rigueur des déductions en exclut la monotonie. Le principe vient d'ordinaire le premier, la formule légale se place en avant; vient ensuite le double rapport d'extension et de restriction, d'application et d'exception, et sous chacun d'eux, les divisions et les sous-divisions, les distinctions et les sous-distinctions. Les termes même semblent sacramentels, ce sont ceux de l'école... *Regula est... prima fallentia... amplio... limito*[1]. Dans la controverse, Dumoulin n'est ni moins méthodique, ni moins réservé. Le principe posé et développé dès le seuil de la matière, viennent les difficultés d'application, sous le nom de *Quæstiones*, dont l'examen successif embrasse les limites du sujet, et fait partout ressortir l'axiome posé dès l'abord[2]. Le plus souvent, quand la question n'est pas l'objet d'une controverse dans la science, la solution se produit dès le début.... *resolvendo dico....* : la discussion au contraire est-elle ardente, les éléments s'en présentent en ordre appuyés de l'autorité des docteurs qui les ont mis au jour.... *Et videtur quòd non, duplici ratione.... prima est quia.... secunda ratio quia....* voilà pour la négative. *In contrarium puta quia....* voici pour l'affirmative. Sous chacune de ces deux branches, Dumoulin réfute ou confirme les raisons alléguées, puis il conclut.... *resolvendo concludo*. Sa conclusion n'est pas toujours absolue, elle est susceptible de distinctions et de limitations : les limitations et les distinctions viennent alors à leur rang... *hanc conclusionem limita primò.... secundò limita conclusionem.... primo casu facio unicam conclusionem... secundum casum subdistinguo in duo membra.... si primum... secundo vero membro*[3]...

---

[1] Dumoulin, *Op. omn.*, p. 47 et 48.

[2] Id., *Op. omn.*, t. III, p. 1475. — V. notamm. les Cons. 1 à 7 ; le *Cons.* 9, *in causâ inter clerum et canonicos trium conventuum Francofordiæ, actores, et consules, senatum, cives Francofordienses, reos ;* — les *Cons.* 10, 11 et 12, *in eâdem causâ ;* — les *Cons.* 20, 21 et suiv., *in causam Illustriss. Principis Landgravii Hessiæ.*

[3] Dumoulin, *Op. omn.*, t. IV, p. 1095.

C'est surtout dans le *Traité des Fiefs* et dans celui des *Censives* que cette méthode se développe tout entière. Il faut y voir Dumoulin étreindre dans le cercle fatal du syllogisme le plus rigoureux la féodalité et ses prétentions, assigner à chaque droit sa source et ses limites, à chaque sophisme sa réfutation. Une fois entré avec lui dans la voie de cette logique irrésistible, il vous faudra le suivre jusqu'au terme, tranchant sur son passage les problèmes les plus ardus, franchissant les écueils, se jouant des difficultés, et parvenu au but, vous serez étonné d'avoir parcouru tant de chemin en si peu de temps, vous serez étonné surtout de voir quels résultats un génie puissant, armé d'une logique inflexible, peut tirer de principes bien posés.

---

[1] Dumoulin, *ad cons. Paris.*, t. I, § 33, gl. 1, nº 1 ; et gl. 2, nº 1.

[2] *Id.*, *loc. cit.*, t. I, § 33, gl. 1, nºs 2 à 162.

[3] *Id.*, *loc. cit.*, § 33, gl. 1, nº 2. — Gl. 1, nºs 12 à 32.

La langue latine, dans laquelle Dumoulin a écrit la plupart de ses traités, convient parfaitement à cette méthode rigoureuse, en raison du caractère complexe de ses expressions, de l'agencement facile de ses propositions, du génie naturellement philosophique de ses tournures. Qu'on rapproche, si l'on veut s'en convaincre, le *Tractatus contractuum*, *usurarum*, etc., de Dumoulin, de son *Sommaire des contrats*, *usures*, *rentes*, etc., et l'on verra quelle vivacité dans l'un, quel embarras dans l'autre, quelle clarté, quel enchaînement dans le premier, quelle confusion, quelle mollesse dans le second. La langue française de Dumoulin n'était pas encore la langue française de Pascal.

Néanmoins il ne faudrait pas conclure de là que le style, même latin, de Dumoulin, soit d'une irréprochable pureté; dès le XVI^e siècle, il blessait par son incorrection le purisme de Cujas, et l'on peut à plus d'un titre lui adresser sur ce point les reproches dont on a si souvent chargé les glossateurs. On dira peut-être, pour l'excuser, avec son biographe Brodeau, *qu'il a, comme beaucoup d'autres grands personnages, méprisé le soin du style et de l'exécution, afin d'écrire davantage.* On ajoutera peut-être que *les stoïciens méprisaient même les solécismes et les barbarismes, et s'attachaient aux choses. Ornari res ipsa negat contenta doceri* [1]. Quoiqu'on pût répondre à Brodeau par d'illustres exemples, on ne saurait méconnaître dans le style de Dumoulin une propriété de termes, une convenance d'expressions, une énergie de diction, qui tendent sans cesse à mettre en relief la pensée et lui donnent souvent un tour original. Dumoulin à ce point de vue est assurément bien au-dessus de ses contemporains, Tiraqueau, d'Argentrée, Chassanée. Le reproche de Cujas aurait dû n'atteindre que l'élocution.

VII. — *Quelques défauts de l'école Bartoliste dans les écrits de Dumoulin.* — Dumoulin, en même temps qu'il a pris de l'école Bartoliste toutes ses qualités, en a pris aussi quelques-uns de ses défauts. Le génie ne doit-il pas se rattacher par quelques points à la nature humaine qu'il semble avoir dépouillée sur les autres? Parmi ces défauts, on doit placer au premier rang l'abus de la dialectique qui a conduit l'école Bartoliste à de si étranges naïvetés, et Dumoulin parfois à de si singuliers développements. En veut-on un exemple? Il s'agit du droit d'aînesse. D'où vient donc, se demande Dumoulin, qu'il est généralement admis que le fils aîné doit, en signe d'honneur, s'asseoir à la droite de son père? Il y a au fond de cette croyance une erreur évidente, car si le fils aîné s'assied à la droite du père, le père se trouve par là même assis à la gauche du fils, et dès lors à une place inférieure par rapport au fils, ce qui ne peut pas être. Il est vrai que Cyrus, au rapport de Xénophon, faisait placer à sa gauche ses amis particuliers, disant qu'il voulait ainsi placer le plus près de son cœur ceux qu'il affectionnait le plus : mais ce n'est là qu'un cas exceptionnel, et les prophètes et l'Évangile, les apôtres et les saints ont constamment regardé la droite comme une place d'honneur. Aussi faut-il, pour sortir d'embarras, admettre que le père est placé sur le trône de son autorité au-dessus des siéges qui l'entourent, et parmi lesquels le plus honorable est le plus rapproché de lui du côté droit [1]. Ne vous semble-t-il pas entendre le glossateur expliquer comment César prit son nom du mot latin *cædere*, parce qu'il fit ouvrir le sein de sa mère, pour voir la place qu'il y occupait?

---

[1] Brodeau, *Vie de Dumoulin, sup. cit.*

Bien qu'elles soient moins fréquentes que dans les livres des Bartolistes, les digressions se rencontrent encore souvent dans les œuvres de Dumoulin; il a payé son tribut à l'école, et il n'est pas rare de le voir, abandonnant la loi qu'il explique, se jeter dans le domaine de la philosophie, de l'histoire, de la cabalistique ou de la théologie. Il s'agit, par exemple de la succession au fief, l'aîné doit la recueillir seul ; mais si de deux frères on ignore quel est l'aîné, à quoi se résoudre ? Il faut s'en rapporter au sort, décide Dumoulin. Puis soudain, quittant son sujet, il disserte sur le sort. Qu'est-ce que le sort ? Combien d'espèces de sorts ? Faut-il croire au sort ? Que penser des sortiléges ? Le libre arbitre de l'homme et la prescience de Dieu viennent se mêler à toutes ces questions, et dans une longue discussion sur ces points délicats, on rencontre saint Thomas auprès d'Alexandre, Boëce et Gerson à côté de Balde et d'Imola [1]. Il semble entendre Tiraqueau, commentant la loi *Si unquàm*, et cherchant la base de sa disposition dans l'amour du père pour ses enfants, disserter sur l'amour en général, l'amour conjugal, l'amour paternel, l'amour filial, l'amour du frère pour son frère, des animaux pour leurs petits, et prouver par de nombreux fragments du Digeste, du Code et des Authentiques, par Aristote, Quintilien, Tite-Live, Catulle, Virgile, Appien, Plutarque, Euripide et les Pères, que l'amour paternel est de tous le plus vif, le plus durable et le plus légitime [2].

---

[1] Dumoulin, *ad cons. Paris.*, t. I, § 13, gl. 3, n° 3. — « Unum tamen omittere non possum, in quo omnes qui scripserunt hactenùs, imperfectè locuti « videntur, dum dicunt filium primogenitum debere sedere ad dexteram pa- « tris, quod simpliciter (prout tradunt) acceptum falsum est, quia pater sede- « ret à sinistris filii, et sic tanquàm inferior filio. Qui enim sedet vel incedit « dexter, sedere vel incedere dicitur altiori et digniori loco, videlicet supra « alios quos habet ad sinistram suam, et sic infrà se... Verum est quòd Cyrus « monarcha ille maximus solebat (ut testatur Xenophon), convivas honoris « gratià à latere sinistro juxtà se ponere, hoc schemate fideliores chariores- « que illos declarans qui in parte cordis sui (quæ læva est) discumberent. Sed « fuerit temporaria et particularis illius opinio. A nobis stat omnium gentium « etiam perpetua sententia, imò etiam sanctorum Prophetarum et regum « Evangelii et sacri symboli. Itaque illud dictum debet intelligi de patre prin- « cipe, qui sedet in culmine vel throno majestatis suæ elevato supra aliorum « sedes quæ circunstant à lateribus, inter quas dignior et honorabilior est illa « sedes quæ est propinquior, et à latere dextro principis... »

C'est encore de l'école Bartoliste que Dumoulin a pris l'habitude de raisonner, pour ainsi dire, sur le raisonnement lui-même, de donner à l'étude des mots une attention exagérée, d'attacher enfin à certains axiomes une autorité sacramentelle. On reconnait à ces écarts le voisinage de la scolastique et la filiation de la glose. Tout cependant n'est pas vice dans cette habitude. Les excursions de Dumoulin sur le domaine de la philologie et de la dialectique juridique ont donné le jour à des aphorismes que la doctrine a retenus, que la pratique invoque chaque jour, et qui résument d'un trait une argumentation complète.

Dès l'abord, sans doute, il paraît puéril de voir Dumoulin discuter sur la portée du gérondif dans les lois, et rechercher dans quels cas il emporte une condition, dans quels cas au contraire un simple mode [3]; ou bien encore examiner si les adverbes

---

[1] Dumoulin, *ad cons. Paris.*, t. I, § 31, gl. 1, n^{os} 13 à 25. — ... « Sors « quatuor modis accipitur..., theologi scholastici dicunt triplicem esse sor« tem, videlicet prima divisoria... secunda consultoria... tertia divinatoria... « fidem adhibere sorti vel fato peccatum est et erroneum in fide..., » etc.

[2] Tiraqueau, *Comm. ad leg. Si unquàm*, *Præfatio*, n^{os} 10, 12, 13 et suiv.

[3] Dumoulin, *loc. cit.*, tit. 1. § 9, gl. 3, n^{os} 1, 2, 3. « *Quæritur primum* « *utrùm istud gerundium inducat conditionem*; videtur quòd sic... Dic con« trà *quòd solùm inducit modum.* » — V. aussi, § 35, gl. 2, n^{os} 1, 2 et suiv.

donec, *quousque*, *quoad*, *quamdiù*, placés à la suite d'une disposition légale, restreignent *ipso jure* cette disposition [1]; ou ailleurs élever des théories sur les copulatives et les disjonctives [2]; ailleurs enfin fixer les limites de l'argument *à contrario sensu* [3]. Cependant ouvrez vos Codes, vous y trouverez à chaque pas l'application des maximes édictées par Dumoulin : consultez la doctrine, appelez-en à la jurisprudence, dans l'interprétation qu'elles font des lois et des conventions, et vous constaterez à chaque instant la mise en pratique des axiomes formulés par Dumoulin. L'argument *à contrario sensu*, par exemple, frappé aujourd'hui d'un discrédit général, était restreint par lui dans les limites où le retient la science moderne. « Il n'est bon, professe-t-on aujour-« d'hui, que lorsque le résultat auquel il conduit est raisonnable « et conforme à l'esprit général de la loi, ou lorsque, partant « d'une disposition exceptionnelle, on rentre dans le droit com-« mun [4]. » Dumoulin avait écrit : *Argumentum à contrario sensu nihil aliud est quàm tacita et verisimilis mens de contrario in casu opposito ; et sic hoc argumentum non procedit, nisi demùm quandò in casu opposito est contraria ratio et tacita contraria mens, et nulla alia concurrit verisimilitudo, aut tacita præsumptio hoc impediens* [5].

Qui ne connaît encore la théorie de Dumoulin sur le verbe *potest*, son sens et sa portée dans les lois, lorsqu'il est précédé d'une négation? On peut la voir développée tout au long dans le *Traité des fiefs* [6]. Il l'a résumée dans son commentaire de la loi D. *de verb. oblig.*, en un axiome que la science a conservé : *Negativa præposita verbo* potest *tollit potentiam juris et facti, et inducit necessitatem præcisam, designans actum impossibilem* [7].

---

[1] Dumoulin, *loc. cit.*, t. I, § 9, gl. 3, nº 15. « ... Hæc enim adverbia... et « similia adposita ad limitationem beneficii jam concessi, seu dispositionis « præambulæ, scilicet ut id duret in eventum alicujus casûs, *inducunt con-* « *ditionem extinctivam dispositionis præcedentis,* et si apponatur à lege, ut « hic, *extinxerunt ipso jure :* idem si ab homine... »

[2] Dumoulin, *loc. cit.*, t. I, § 55, gl. 1, nos 1, 2 et 3. — « Dictio *item* de se « non est *repetitiva*, sed *continuativa*...; sunt tres causæ inducentes tacitam « repetitionem, videlicet copula, identitas orationis et identitas rationis.

[3] Dumoulin, *loc. cit.*, t. I. § 3, gl. 2, nos 4, 5 et suiv.

[4] Mourlon, *Répét. écrites*, t. 1, p. 58 et 59. — Merlin, *Répertoire*, vº *Argument à contrario sensu.*

[5] Dumoulin, *loc. cit.*, t. I, § 3. gl. 2, nº 5.

[6] *Id.*, *loc. cit.*, t. I, § 1, gl. 3, nos 3, 4 et suiv.

[7] *Id.*, *Nova et analytica explicatio*... Lex Ia, nº 2.

Cette formule est devenue de nos jours formule législative, la plupart des dispositions de nos codes sont rédigées d'après ce principe, la capacité s'y présente sous le voile de l'incapacité, la règle sous les dehors de l'exception.

Enfin une étude plus approfondie, si elle ne devait pas être ici un hors-d'œuvre, montrerait dans les règles d'interprétation posées par le législateur moderne, et notamment dans les principes que la Cour de cassation voulait imprimer au frontispice du Code Napoléon, les axiomes que Dumoulin formulait au XVIe siècle. Il suffira de citer ceux qui suivent : « Quandòcumque lex prohibet aliquid fieri, nisi sub certo modo, ille modus censetur de formâ, etiamsi lex ultrà non procedat expressè annullando, si contra vel aliter fiat[1]. — Lex æquiparativa, relativa vel interpretativa extenditur ad omnem casum in quo habet locum lex æquiparata, relata vel interpretata [2]. — Jus civile vel municipale non debet captari in verbis, sed quâ mente quodque dicatur animadvertendum [3]. — Verba quæ præsupponunt non disponunt, etsi dicatur quòd saltem dispositionem qualificant et limitant : hoc est verum quandò principaliter super illis fundatur dispositio, secùs si gratiâ exempli vel majoris frequentiæ inseruntur, tunc enim non restringunt[4]. — In dubio expressio censetur facta causâ demonstrationis vel tollendæ dubitationis, non causâ taxationis, nisi hoc exprimatur vel clarè de mente appareat[5]. — Quælibet ratio expressa in lege vel statuto videtur finalis et non impulsiva, saltem quandò illa ratio est de futuro vel dispositioni cohæret[6]. »

VIII. — *Dumoulin professeur et historien.* — De tout ce qui précède, on pourrait conclure que Dumoulin a emprunté à l'école Bartoliste ses doctrines, comme il a pris d'elle la forme de ses ouvrages et sa méthode d'exposition : il y aurait erreur à le faire. Dumoulin en effet est un adversaire déclaré de la glose et de Bartole sur le terrain des principes juridiques, et il semble s'être donné mission de réfuter les erreurs de ses devanciers.

---

[1] Dumoulin, *ad. cons. Paris.*, t. I, § 65, gl. 1, n° 16.

[2] *Id., loc. cit.*, t. I, § 26, n° 7.

[3] *Id., loc. cit.*, t. I, § 20, gl. 4, n° 7.

[4] *Id., loc. cit.*, t. I, § 20, gl. 3, n° 7.

[5] *Id., loc. cit.*, t. I, § 9. gl. 2. n° 7.

[6] *Id., loc. cit.*, t. I, § 20, gl. 1, n° 26. — V. etiam, t. 1, § 37, gl. n° 6; § 43, gl. 1, n° 151 ; § 63, gl. 1, n° 10. — Conf. Merlin, *Répertoire*, V. *Loi* et *Interprétation.*

Ainsi, il n'a fait que passer à l'école, sa voix ne s'est fait entendre qu'à de rares intervalles dans les universités, à Dôle, à Tubinge, à Besançon, et cependant on le trouve partout, soit dans ses leçons, soit dans les livres qu'il en a tirés, constamment appliqué à combattre Accurse et Bartole. Lorsqu'à Dôle, en 1555, il interprète la loi *Modestinus* au D. *de solutionibus*, quel est son but? *Primò*, dit-il, *communem imò perpetuum omnium et glossarum et doctorum intellectum hactenùs inconcussum exponam; secundò contraria explicando illum ut erroneum, iniquum et ab omnibus dissonum confutabo*[1]. — Pourquoi à Dôle encore explique-t-il la loi *in lege falcidiâ* au D. *ad leg. falc.?* Il le dit lui-même : *Quia Bartolus et omnes qui post eum nominatim tractant*, *pessimè interpretantur*[2]. C'est dans la même vue qu'à Tubinge il commente le titre du Digeste *de verborum obligat.*, et les six premiers livres du code de Justinien[3].

Cette tendance donne aux leçons de Dumoulin un caractère particulier qui les éloigne des traditions de l'école, pour les rapprocher de la controverse. Elles ont toutes pour sujet soit un titre entier du corps de droit, soit une loi particulière, et leur plan à peu près uniforme présente les dehors d'une discussion complète. Dumoulin établit d'abord son texte, comme faisaient les Irnériens, combat à l'occasion les corrections proposées par ses devanciers, et propose les siennes; puis il expose les controverses doctrinales auxquelles il a donné lieu, et signale les diverses explications qu'en fournissent les docteurs; il attaque ensuite ces explications, leur substitue son système, l'étaie des arguments et des autorités que lui fournissent le droit et la doctrine et termine en le défendant contre les objections[4].

---

[1] Dumoulin, *Quinque solemnes lect. Dolanæ*, *lect.* I, n° 3. (*Op. omn.*, t. IV, p. 875.)

[2] *Id.*, *loc. cit.*, *lect.* II, n° 1.

[3] *Id.*, *Nova et analyt. explicat. rubric. et leg. de verb. oblig.*, nos 15 et 16. — *Comm. in Just. imp. codic.*, *in princ.*, v° *de Glossa.* — « Lex *Lucius* in « se facillima et clarissima est..., et tamen nescio quo æstro perciti gloss. « et doctores omnes adusquè *tàm præposterè et violenter interpretati sunt*, ut « nulla sit in toto hoc libro... confragosior in textu, et difficilior in mente et « decisione, *propter contraria etiam doctorum testimonia irrefragabilia...* » (*Lect. Dolan.*, *lect.* III, n° 1.) — « Hæc lex *pessimè* hactenùs fuit intellecta... » (*Ibid.*, *lect.* V, proæm.) — « Valdè *erraverunt* omnes gloss. et doctor. « multarum legum verba, sed non mentem omnium tenentes. » (*Extric. labyr. sexd. leg. proœm.*)

[4] Notamm. *Lectiones Dolanæ*, *lect.* 1, n° 2.

Les leçons de Dumoulin s'éloignent encore des traditions de l'école par l'esprit pratique qui les anime. La vie de Dumoulin et la nature de ses études ne l'ont point accoutumé aux spéculations des théories abstraites, les problèmes juridiques qui l'ont préoccupé jusqu'à présent se sont toujours présentés à lui sous les dehors nettement accusés de la pratique; l'esprit qu'il a porté jusqu'ici dans ses livres se retrouvera dans ses leçons. Aussi, lorsqu'il élève la voix dans l'université de Dôle, est-ce en praticien qu'il parle, et non en docteur; il a soin d'en avertir ses auditeurs, peu accoutumés peut-être à cette précision de doctrine. La pratique, leur dit-il, et non-seulement l'étude, a éclairé l'enseignement que je vous apporte, *nova eaque solida et explorata, non è solo umbratili studio, profiteor*. Ce n'est point à l'école, mais au palais, que se font les lois, *non enim è scholis, sed è palatiis, in ipsis publicis consiliis rebusque gerendis ortæ sunt, nec melius nec dexterius quàm ex eisdem originis suæ causis interpretari queunt, in quibus ultra tres et triginti annos assiduè versatus et exercitatus sum* [1]. Nous verrons bientôt quelle admiration soulevèrent les leçons de Dumoulin.

Un grand génie, quelle que soit d'ailleurs la tendance de son esprit, ne saurait demeurer étranger aux mouvements qui signalent son époque, dans quelque sphère qu'ils se produisent. On pourrait penser de prime abord que l'affinité de Dumoulin avec l'école Bartoliste a dû l'isoler des études historiques introduites dans la science avant lui par Hasius et Alciat, et développées de son temps par Cujas. L'histoire, dit au contraire Dumoulin, offre souvent un moyen prompt et sûr de résoudre les difficultés du droit, sans parler du charme que l'érudition répand sur l'étude des lois. *Bono et erudito jurisconsulto necessariam, ex qua (præter miscellaneæ eruditionis adventitium lucrum et fastidii levamen) resultat prompta et facilis decisio plurium inter juris interpretes dubiorum, alioquin inextricabilium* [2]. Et, au même endroit, il fait l'éloge des pères de l'école historique : de Zasius, dont on admire l'érudition, l'élégance et la sagacité [3]; de

---

[1] Dumoulin, *Lect. Dolan.* Lect. I, n° 2.

[2] *Id., ad cons. Paris.*, t. 1, *Proœm.*, n° 91.

[3] *Id., loc. cit.*, ib., n° 20. — « Doctissimo illi j. c. domino Zasio, cujus « veterem et benè fundatam jurisperitiam, summamque ingenii dexteritatem « cum priscorum jurisconsultorum lepore et elegantiâ conjunctam, omnes « admirantur... »

Budé, qui a tiré la littérature antique de la captivité où l'avaient jetée les barbares [1]; de Politien, qui avait conçu la réforme que Budé consomma [2]; d'Alciat enfin, qui restitua si habilement les textes du droit défigurés par l'ignorance de ses devanciers [3].

Dumoulin a surtout porté son attention sur les antiquités juridiques de Rome. S'il n'a pas, dans ses études historiques, l'intelligence et la sagacité de Cujas, si son érudition confuse jette souvent dans ses travaux une obscurité et des longueurs fastidieuses, on y retrouve néanmoins parfois l'empreinte de son esprit supérieur. C'est ainsi qu'on lit avec intérêt un passage sur l'édit perpétuel de Salvius Julianus [4]; un autre où Dumoulin discute avec Johannes Andreæ, sur les divisions du mois à Rome [5]; un autre encore où, appuyé sur Cicéron, Aulu-Gelle et Martial, il recherche l'origine des *notarii* et des *tabelliones* romains [6]; un autre enfin où il retrace les variations de la législation romaine, sur les enfants nés hors mariage et la légitimation [7]. A la suite de ce dernier morceau, on trouvera sur l'origine des Authentiques attribuées à Irnérius, une opinion qui, adoptée après Dumoulin par plusieurs savants de l'Allemagne, a fixé de nos jours même l'attention de la science [8]. Le meilleur essai de Dumoulin dans ce genre, est assurément le fragment historique, sur le prêt à intérêt dans l'antiquité, qu'il a placé au commencement de son *Tractat. contract., usurar. et red.;* les sources de la littérature grecque et romaine y éclairent de reflets vivants les documents législatifs, et l'histoire politique y donne aux lois du temps leur véritable physionomie. Il faut lire surtout, à la suite de ce fragment, une savante dissertation sur le système monétaire des Romains considéré au point de vue juridique, et sur la portée exacte des termes *centesima usura*, *unciarium fœnus*, qu'on trouve à chaque pas sous la plume des littérateurs et des jurisconsultes de Rome [1].

---

[1] Dumoulin, *loc. cit.*, ib., nº 21... « Admirabilis ille Budæus, doctrinarum « omnium splendor..., qui legum elegantiam jam plus octingentis annis, Go« thorum armis primùm oppressam ac captivatam, dehinc diuturno ingenua« rum artium et litterarum neglectu..., penitùs fere absorptam ac desperatam « præpotenter vindicavit, ac velut postliminio in patria regna et jura reduxit.»

[2] Dumoulin, *loc. cit.*, nº 22. « Angelus ille Politianus græcâ latinâque eruditione instructissimus, ingeniique dexterrimi. »

[3] Dumoulin, *loc. cit.*, ib., nº 23. — « Alciatus mediolanensis j. c. utriusque « et juris et linguæ peritissimus... »

[4] Dumoulin, *in rub. de verb. oblig.*, nº 19.

[5] *Id.*, *in l. I*, § *si quis simplic.*, nºs 10 à 15.

[6] *Id.*, *in l. I*, *eadem*, nºs 12 à 15.

[7] *Id.*, *lect. Dolan.* Lect. 3, nºs 7 à 21.

[8] *Id.*, *ib.*, nºs 21 et 23; Savigny, *Hist. du Droit romain*, chap. XXVI et XXVII.

Ces divers travaux sont répandus dans les livres de Dumoulin : il a de plus composé sur l'histoire du droit romain un traité suivi, dont le titre annonce suffisamment l'objet, le *Tractatus analyticus de dignitatibus, magistratibus et civibus romanis*. Sous les deux premières rubriques, se déroule une longue histoire du droit public de Rome jusqu'aux empereurs : la communication successive des magistratures publiques aux plébéiens, semble être le point de vue qui dirige Dumoulin au milieu des détails un peu confus de son œuvre. La seconde partie tient davantage au droit privé : l'auteur y traite du droit de cité, et des diverses sortes de concessions qui en furent faites pendant la république, il s'étend longuement sur les municipes ; puis il examine les divers moyens par lesquels se conférait le titre de citoyen, l'affranchissement et l'adrogation notamment ; enfin il s'occupe des comices, de leur origine, de leur composition et de leurs diverses révolutions. Ce dernier aperçu mérite une étude spéciale, surtout dans les passages relatifs à la composition des comices par tribus [2]. On trouve dans le livre de Dumoulin une critique historique assez développée ; les sources anciennes lui sont familières, Cicéron, Tite-Live, Aulu-Gelle et Pline principalement : parmi les modernes, Zasius, Budé, Sigonius, sont ses guides habituels ; il cite également Cujas, mais le plus souvent pour le combattre [3]. Enfin il trouve à plusieurs reprises dans les textes législatifs l'occasion de reprendre et de redresser Cicéron, Tite-Live et Denys d'Halicarnasse ; comme aussi plusieurs fois il cherche dans les sources littéraires l'explication de certaines lois du corps de droit [4].

Il vaudrait mieux peut-être ne point parler des recherches de Dumoulin sur les antiquités du droit français ; outre qu'elles sont rares, elles sont d'ordinaire erronées : le droit français à son époque n'était pas encore entré dans la voie féconde que suivait déjà le droit romain, il n'avait pas encore trouvé son Cujas. Le préambule du *Traité des fiefs* contient une longue dissertation historique où Dumoulin semble vouloir établir l'indépendance originelle et native de la France, de son gouvernement et de ses lois : il faut y remarquer dès le début la réfutation du système de Zasius qui trouvait l'origine des fiefs dans la clientèle romaine, et de l'opinion de Lucas de Penna qui la rencontrait dans les emphytéoses impériales. Dumoulin donne ensuite son avis : *Franci*, dit-il, *terras à marto suo occupatas in feudum concedebant ad onus recognitionis juramenti fidelitatis, et certorum onerum militarium pro modo redituum feudi, et ad onus renovationis investituræ et certorum commodorum, mutatione vassali contingente, cum exceptione mutationis in lineâ directâ, et quandòque sine eâ exceptione*[1]. — Plus loin Dumoulin examine l'autorité du *livre des fiefs* d'Obertus de Orto et de Gerardus Niger ; nous avons vu déjà une partie de cette discussion, il faut voir de plus comment Dumoulin combat, par l'examen iutrinsèque du texte, la valeur législative que les docteurs attribuaient à ce livre, comment deplus il répond à un argument de Balde tiré d'une constitution apocryphe de Frédéric II, qui avait, disait le Bartoliste, donné force de loi à l'œuvre d'Obertus[2]. — Ailleurs,. dans le cours même du *traité*, on peut le voir demander à une novelle de Justinien l'origine des justices seigneuriales[3]. — Ailleurs enfin, il attribue la rédaction de la loi salique à Pharamond, *quem majores Salicum cognominârunt*[4].

---

[1] Dumoulin, *Tract. contr., usur. et red.*, quæstio I, nos 36 à 54.

[2] Id., *Tract. de dignit. magistr. et civ. roman.*, nos 197 à 240, et notamment 209 et suiv., *an comitia tributa sint totius populi, vel* partis, id est solius plebis.

[3] Dumoulin, *loc. cit.*, n° 73. « His scriptis reperi D. Jacob. Cujac. Bituric... scripsisse... quod probat ex l... sed d. l. nihil probat... ».

[4] Dumoulin, *loc. cit.*, nos 33, 34, 35 et suiv. ; 43, 59, 73, 108, 109, 125, 129, 150, 157, 173, 175, 176, 216, 235, 236, 251, 259, 278 et 282.

On rencontre aussi quelques recherches historiques dans un pamphlet dont nous avons parlé ailleurs, le *Traicté de l'origine, progrès et excellence du royaume et monarchie des Français, et couronne de France*, mais, outre qu'elles sont défigurées par l'intérêt religieux qui dicte cet ouvrage, elles ne méritent pas d'arrêter l'attention. On en jugera par le passage suivant : « Ils dient com« munément que les Français prennent le nom de Francus,

---

[1] Dumoulin, *ad cons. paris.*, t. 1, *Proœmium*, nos 3 à 21.

[2] *Id.*, *loc. cit.*, *ib.*, nos 100 à 110. « Tamen Baldus et fere omnes... tenent « quòd faciunt jus apud omnes et multas adducunt coloratas rationes, quæ « nihil concludunt, exceptis duabus, alterâ de approbatione Frederici secundi, « quòd est fictum commentum Odoffredi cui non est credendum. »

[3] Dumoulin, *loc. cit.*, t. 1, § 1, gl. 3, n° 9. « Etiam tempore Justiniani et « veterum imperatorum domini locorum solebant habere publicam juris« dictionem in suos domesticos, agricolas..., » etc.

[4] Dumoulin, *loc. cit.*, t. 1, § 19, n° 2.

« second de ce nom, qui régna sur eux trente-sept ans aupara-« vant la nativité du Christ,.... mais ils sont trop courts de « dire que du temps dudit Francus, ils commencèrent estre « nommez François. Il appert que c'est longtemps auparavant « par les escrits mesmes des Romains. » Dumoulin cite ici César et Cicéron, puis arrivant à Pharamond, qu'il fait descendre de la ligne de Francus, il poursuit : « Aussi ledit Pharamond était de la « vraye directe ligne des rois français, comme aussi n'y eut in-« terruption, mais continuation de règne. Aussi n'y eut interrup-« tion, quand Pépin le Bref, du consentement de tous les « Estats du royaume fut fait roy..... Car sans la dite élection des « Estats, le royaume appartenait au dit Pépin, comme descendu « en droite ligne de Rauchaire, fils aîné de Clodion le Chevelu, « fils et succcesseur de Pharamond [1]. »

AUBEPIN.

(*La suite à un prochain numéro.*)

DROIT INTERNATIONAL.

DE LA VISITE DES NAVIRES NEUTRES PAR LES BELLIGÉRANTS.

Par M. Hautefeuille, avocat à la Cour impériale, ancien avocat à la Cour de cassation.

Depuis plusieurs siècles le commerce et surtout le commerce maritime est devenu, pour les nations qui s'y adonnent, une source de prospérité, de richesses et même de puissance. Aussi dès que la guerre éclate sur mer, il s'élève une foule de questions entre les belligérants et les peuples restés pacifiques. Questions graves, puisqu'elles intéressent toutes les nations; questions qui souvent tranchées en droit par les traités de paix sont de nouveau soulevées lorsque les hostilités recommencent.

Pour traiter ces points litigieux du droit international, pour trancher les difficultés que soulève l'application de ce droit, il serait indispensable de choisir un temps de paix, car ce n'est pas au milieu des excitations passionnées de la guerre qu'il est possible de faire prévaloir le droit des peuples faibles, désarmés contre les prétentions des nations fortes et armées. C'est pendant la paix qu'un congrès de toutes les puissances maritimes devrait être appelé à déterminer les droits de tous et de chacun.

---

[1] Dumoulin, *Traicté de l'origine, progrès, excellence*, etc., nos 65 à 73.

Cependant les réunions diplomatiques de notre siècle, ces réunions qui ont réglé avec soin la navigation du Rhin et d'autres fleuves se sont séparés sans avoir dit un mot sur la navigation du vaste Océan.

Ce n'est point ici le lieu de rechercher les causes du silence gardé par les congrès de Paris, de Vienne, etc., sur des questions qui divisent l'univers depuis plus de deux siècles; il nous suffira de dire que cette omission ne doit pas être attribuée à un oubli. En effet un grand nombre de nations qui assistaient à ces réunions ont cherché, dans des traités isolés, à prévenir les conflits qui résultent très-fréquemment de l'application du droit international maritime.

Après 40 ans de paix, la guerre vient d'éclater en Europe; toutes les questions de ce droit vont de nouveau agiter les esprits chez toutes les nations de l'univers qui s'occupent de navigation. Les difficultés sont nombreuses, toutes et chacune demanderaient à être exposées et discutées avec soin; mais le temps et l'espace nous font également défaut. D'ailleurs les déclarations franches et libérales, faites par la France et par l'Angleterre, enlèvent à quelques-unes de ces difficultés la possibilité de se produire, pendant la guerre qui commence. Mais il en est d'autres qui ne sont pas prévues et qui peuvent être soulevées. Entre ces dernières nous choisirons celle qui nous paraît la moins connue, *la visite des navires neutres.*

Le droit exercé par les croiseurs belligérants d'arrêter en pleine mer et de visiter les navires de commerce neutre, a été l'objet de nombreuses controverses; son origine, sa nature, ses limites, son existence même ont été mises en doute et ont donné lieu à des discussions animées. Examinons ces diverses parties de la question, efforçons-nous de la rendre claire pour tous.

Le belligérant a le droit parfait de nuire à son ennemi par tous les moyens directs et licites qui sont en sa puissance, pour le forcer à faire la paix [1]. C'est le principe fondamental du droit de la guerre; il suffit de l'énoncer. Depuis que le commerce maritime est devenu un élément de puissance pour les nations navigantes, la ruine du commerce de l'ennemi est devenue aussi un moyen efficace de lui nuire ; c'est un des principaux motifs qui ont fait conserver, sur mer, la prise et la confiscation des propriétés privées ; prise et confiscation depuis longtemps abandonnées, légalement du moins, dans les guerres terrestres.

---

[1] « In bellum justum est sine quo justa victoria obtineri nequit. » H. Cocceïus, ad Grotium, l. III, c. I, § 2. « Si rationem juris gentium magistram sequemur in hostes quæ hostes omnia licet. » Bynkershoek, *quæst. jur. pub.*, l. I, c. 1.

Le belligérant a donc, d'après la loi naturelle, primitive et divine, le droit de s'emparer de tout ce qui appartient à son ennemi, et notamment des navires de commerce de ses sujets.

Ce droit il peut l'exercer : 1° sur le territoire de son adversaire, c'est-à-dire dans les rades, ports et mers territoriales, 2° sur son propre territoire, 3° et enfin sur le territoire commun à toutes les nations sur la haute mer, la mer libre.

Dans les deux premiers cas il ne saurait s'élever de difficultés, mais il n'en est pas de même dans le troisième. Le navire rencontré ou seulement aperçu sur la haute mer ne porte pas un signe évident de sa nationalité. Il est difficile, il est même impossible de distinguer s'il appartient à tel ou tel peuple, s'il est la propriété d'un ami ou d'un ennemi. Cependant le croiseur belligérant a le droit de s'emparer du navire ennemi, et le devoir de respecter, de protéger même le navire neutre. Dans l'incertitude où il se trouve, il faut donc ou qu'il renonce à son droit, en laissant échapper son adversaire, ou qu'il viole son devoir, en attaquant un navire innocent. Or tout le monde sait que l'homme qui a les armes à la main est beaucoup plus porté à violer ses devoirs qu'à abandonner ses droits.

Cette grave difficulté n'existerait pas si le pavillon était, pour les navires du commerce, la preuve certaine de leur nationalité. Malheureusement il n'en est pas ainsi, il est passé en usage que le capitaine peut naviguer sous les couleurs qui lui conviennent le plus. En temps de guerre on appelle ce fait une ruse. Il n'y aurait crime que de la part d'un bâtiment armé qui engagerait le combat sous un pavillon mensonger. On ne peut trop déplorer un semblable abus ; mais il existe, et il est impossible de le déraciner. Cet abus est l'une des deux causes qui ont donné naissance au droit de visite institué par le droit secondaire.

Le belligérant a le droit de saisir et de s'approprier les navires de son ennemi ; mais lorsqu'ils sont à la mer il n'existe aucun indice, aucune marque suffisante pour les distinguer des bâtiments neutres. Comment ce droit important pourra-t-il s'exercer ? Des traités, consentis par toutes les nations, ont donné aux croiseurs des parties en guerre le droit d'arrêter les navires qu'ils rencontrent, et de s'assurer s'ils appartiennent réellement à la nation dont ils portent le pavillon.

La seconde cause est différente. L'un des devoirs imposés par l'état de guerre aux peuples neutres est celui de ne se mêler en rien aux hostilités, et par conséquent de ne fournir aux parties engagées dans la lutte ni armes ni munitions. Tout autre commerce reste libre entre les belligérants et les peuples pacifiques. Tout navire neutre qui porte de la contrebande de guerre à l'un des adversaires, peut être arrêté par l'autre et forcé de lui livrer les armes ou munitions dont il est chargé. Le souverain neutre abandonne tout sujet coupable de violation de la loi des nations et de ses propres ordonnances, à la peine qu'il a encourue, c'est-à-dire à la confiscation des objets de commerce illicite. Mais comment le belligérant pourra-t-il reconnaître le neutre coupable, le distinguer de celui qui remplit fidèlement les devoirs de son état? par la visite; après s'être assuré de la nationalité du navire arrêté, le croiseur vérifie quel est le lieu de la destination, et, si c'est un port ennemi, il examine la nature de la cargaison.

Les puissances qui regardent comme légale la saisie de la propriété ennemie chargée sur les navires neutres, donnent à la visite une troisième cause analogue à la seconde: la nécessité pour le belligérant de s'assurer si le navire rencontré ne contient pas des marchandises appartenant à l'ennemi du croiseur.

Cette double origine du droit de visite a été reconnue par presque tous les auteurs; elle est d'ailleurs prouvée d'une manière péremptoire par un fait très-important et qu'il faut signaler ici. Les bâtiments de guerre ne sont en aucun cas soumis à la visite parce que leur pavillon fait foi de leur nationalité. En temps de guerre, lorsque deux vaisseaux de cette nature se rencontrent, ils arborent des pavillons qui sans doute peuvent être mensongers; mais si l'un des deux assure son pavillon par un coup de canon, l'autre assure également le sien; les couleurs ainsi montrées et assurées sont vraies. Ce coup de canon d'assurance est la parole de l'officier commandant, et, on doit le dire hautement, cette parole est toujours loyale. Le pavillon assuré est un signe de reconnaissance certain pour les bâtiments de guerre. D'un autre côté ces sortes de vaisseaux ne se mêlent jamais d'opérations commerciales, ils ne font donc pas de contrebande. D'ailleurs, et par leur nature même, ils ont toujours à bord des armes et des munitions. Enfin, appartenant à l'État, s'ils transportaient des objets prohibés, ce serait l'État lui-même qui serait coupable ; cet État cesserait d'être neutre, il devrait être regardé et traité comme belligérant.

Ainsi les deux motifs qui existent pour autoriser la visite sur les navires du commerce n'existent pas à l'égard des bâtiments de guerre ; et c'est pour cette raison que ces derniers ne sont pas soumis à la visite.

De cette origine de la visite, il résulte qu'elle n'est pas un droit né de la loi primitive, mais seulement le mode d'exercice du droit de nuire à l'ennemi, mode inventé par la loi secondaire, par les traités. Cette distinction est importante, elle a pour conséquence que la visite doit être exactement restreinte dans les limites tracées par les traités, c'est-à-dire par une loi écrite, et beaucoup moins susceptible de fausses interprétations que la loi primitive.

La visite a donc un double but : 1° constater la nationalité du navire rencontré ; 2° et s'assurer que le navire neutre est fidèle à son devoir, qu'il ne se mêle pas aux hostilités d'une manière directe, en portant à l'ennemi du croiseur des objets de contrebande de guerre.

Comment la visite doit-elle être exercée ? Quelles en sont les limites ? Ces deux questions importantes sont tranchées par la loi même qui a créé la visite, par les traités. Tous les actes qui se sont occupés de cette question, et ils sont nombreux, ont statué dans le même sens, sauf une seule exception [1].

La visite est reconnue plutôt que réglementée dans les traités antérieurs au XVIIe siècle. La navigation et le commerce maritime n'avaient pas encore atteint le degré de prospérité qui, depuis, leur a donné une influence si grande sur la force des États ; la rivalité commerciale ne s'était pas encore développée entièrement, elle ne menaçait pas encore la prospérité des nations pacifiques. Il n'était donc pas nécessaire d'entrer dans de grands détails ; il suffisait de constater l'existence du droit en faveur des belligérants. Plus tard il devint indispensable de réglementer l'exercice de ce droit pour protéger les neutres.

Le traité des Pyrénées est un des premiers qui se soit occupé avec détail de la visite [1]. Ses dispositions sont devenues en quelque sorte le droit maritime de l'Europe, sur ce point. Presque tous les actes conclus pendant la dernière partie du XVIIe siècle et la première du XVIIIe ont adopté les principes et jusqu'aux expressions du traité de 1659. Depuis les stipulations internationales ont été encore plus explicites.

---

[1] La convention maritime du 17 juin 1801 entre l'Angleterre et la Russie, acceptée plus tard par la Suède et le Danemark. Sur cette convention, voyez notre *Traité des droits et des devoirs des neutres*, t. IV, p. 72.

Les traités d'Utrecht, conclus entre les principales puissances maritimes de l'Europe, sont encore regardés comme les bases de la loi internationale; nous nous bornerons à citer leurs dispositions sur la visite. L'art. 24 du traité conclu entre la France et l'Angleterre est ainsi conçu : « Les vaisseaux de guerre ou ar-« mateurs particuliers, pour éviter tout désordre, demeureront « hors de la portée du canon, et pourront envoyer leur chaloupe « à bord du bâtiment marchand qu'ils auront rencontré, et y en-« trer seulement au nombre de deux ou trois hommes, à qui se-« ront montrées, par le capitaine de ce vaisseau ou bâtiment, les « lettres de mer qui contiennent la preuve de la propriété du vais-« seau et conçues dans la forme insérée au présent traité, et il « sera libre au vaisseau qui les aura montrées de poursuivre sa « route, sans qu'il soit permis de le molester et de le *visiter* en « façon quelconque, ou de lui donner la chasse ou de l'obliger « à se détourner de sa destination. » L'art. 24 du traité du même jour entre la France et la Hollande contient la même stipulation, seulement il ajoute ces mots : « Auxquels passe-port et lettres de « mer se devra donner entière foi et créance. »

Il est cependant remarquable qu'il n'est pas question dans ces traités du second but de la visite, de la vérification de la cargaison, lorsque le navire se dirige vers un port ennemi du croiseur. On doit considérer cette omission comme le résultat d'un oubli, car l'art. 17 du traité des Pyrénées contient une disposition expresse à cet égard.

Ainsi, dès la fin du XVIIe siècle, la forme et le but de la visite étaient bien déterminés par les actes solennels du droit international. Si les belligérants s'étaient astreints à exécuter fidèlement ces prescriptions, il est probable que les traités modernes se seraient bornés à rappeler les mêmes dispositions, mais il n'en fut pas ainsi.

Dès avant 1713, les nations en guerre avaient singulièrement étendu le droit de visite. Au lieu de se borner à constater la nationalité du navire, par l'inspection de ses papiers, et même l'innocuité de sa cargaison, par la vérification des factures et connaissements, les croiseurs se livraient à des recherches minutieuses et vexatoires. Sous prétexte que le navire pouvait être pourvu de doubles papiers, ils se faisaient ouvrir, d'autorité, les armoires, les malles, et meubles, ou même les brisaient pour examiner ce qui y était contenu. Puis ils faisaient bouleverser le chargement, ouvrir ou briser les colis afin de s'assurer s'il ne se trouvait pas quelques objets de contrebande. Quand tous ces actes hostiles n'avaient pas produit le résultat désiré, le croiseur faisait comparaître devant lui les hommes de l'équipage, leur faisait subir séparément un interrogatoire, pendant lequel les promesses, les menaces, et, trop souvent, les mauvais traitements et les tortures étaient employés pour arracher l'aveu qu'il y avait quelques armes à bord, ou que le capitaine avait détruit ou jeté à la mer de doubles papiers. C'est ce que l'on appelait la visite, c'est ce que j'ai appelé : *les recherches*. Lorsque cette espèce de visite n'avait pas produit de résultat satisfaisant pour le croiseur, c'est-à-dire un prétexte pour arrêter le navire neutre, il suffisait que le capitaine belligérant déclarât qu'il avait des soupçons contre le visité, pour l'autoriser à saisir le navire et à l'envoyer dans un des ports de son souverain pour être jugé.

---

[1] V. *Traité des Pyrénées* (1659) entre la France et l'Espagne, art. 17.

De pareils excès sont à peine croyables, mais ils sont constatés par les lois même des belligérants qui ont cherché non à les détruire mais seulement à les modérer [1], afin de ne pas forcer les neutres à courir aux armes.

La conduite des nations en guerre força les peuples à prendre de plus grandes précautions; les traités de la fin de XVIIIe siècle et ceux conclus plus récemment, contiennent des dispositions plus complètes sur la visite. Cependant le but du pouvoir concédé aux nations en guerre et la forme de son application restent absolument les mêmes. On peut citer entre autres le traité du 3 février 1778 conclu entre la France et les Etats-Unis d'Amérique [2].

---

[1] V. les ordonnances françaises de 1400, 1584, 1681, 1704 et 1744; anglaises, 6, Anne, chap. XIII; 13, Georges II, chap. IV; 19, Georges III, chap. LXVII; espagnoles, 1718 et 1779; hollandaises; 1640, 1692, 1781.

[2] Ce traité ne contient pas moins de quatre articles sur la visite (12, 13, 25 et 27). L'article 25 exige que le navire neutre soit pourvu d'un certificat

Ainsi, d'après la loi secondaire, c'est-à-dire d'après la loi qui l'a instituée, la visite doit atteindre son double but, vérification de la nationalité et de la nature de la cargaison, dans certains cas, par la seule inspection des papiers de bord.

L'exercice légitime de la visite est soumis à quatre conditions principales : 1° la semonce ; 2° la distance à laquelle le croiseur doit se tenir ; 3° l'envoi d'un nombre limité d'hommes à bord du navire neutre ; 4° l'examen des papiers de ce navire.

La semonce est un coup de canon, à poudre ou à boulet perdu [1], tiré par le croiseur pour avertir le navire en vue de son intention de le visiter. Ce signal sert de même d'assurance du pavillon, il doit donc être fait sous les couleurs vraies du bâtiment armé. C'est un fait admis par toutes les nations ; une seule a tenté d'introduire dans la pratique l'usage de faire la semonce sous pavillon mensonger, de considérer ce fait comme une ruse de guerre. Elle n'a pas réussi, et l'on doit s'en féliciter ; car, par ce seul fait, les bâtiments de guerre perdaient la confiance accordée jusqu'à ce jour au pavillon assuré [2].

Le navire neutre doit obéir à la semonce, s'arrêter et attendre la visite. S'il ne le fait pas, il s'expose à se voir contraint par l'emploi de la force. Les avaries qu'il pourrait éprouver dans ce cas seraient à sa charge. Quelques auteurs ont écrit que dans ce

---

contenant le détail de la cargaison, et la déclaration de la contrebande s'il en existe. L'art. 27 règle la forme de la visite dans les mêmes termes que le traité d'Utrecht.

[1] Les traités ne parlent pas de la semonce, mais c'est un usage constant. Valin, *Comm. sur l'ordonnance de* 1681, dit : Que la semonce se fait ou *à la voix*, ou par un coup de canon à poudre (liv. III, t. IX, art. 19). *A la voix*, c'est impossible, le croiseur devant se tenir au delà de la portée du canon. Ortolan, *Diplomatie de la mer*, t. II, ch. VII, veut que le bâtiment visiteur marque la manœuvre après avoir hissé et assuré ses couleurs. Dans ce cas, le coup de canon d'assurance devient celui de semonce. V. aussi Massé, *Droit commercial*, etc., l. II, t. I, chap. II, sect. II, § 5, n° 307.

[2] Voici comment Valin qualifie cette tentative faite pendant la guerre de Sep Ans : « Si l'usage, et surtout un usage qui intéresse l'honneur et la probité, pouvait l'emporter sur la loi, je n'aurais rien à dire ; mais ici je ne vois qu'un trait de lâcheté et de perfidie que l'exemple des ennemis ne saurait justifier. » (*Commentaire sur l'ordonnance de* 1681, *ubi sup.*) Voyez, au reste, les lois françaises ci-après : déclaration du 1er février 1650, confirmée par arrêt du conseil du 17 août 1658 ; ordonnance du 23 février 1674, qui prononce la peine due aux voleurs publics, contre les armateurs qui seront trouvés nantis de pavillons de plusieurs nations, etc.

cas le navire, s'il était saisi, serait de bonne prise[1]. C'est une erreur, les lois intérieures des belligérants les plus sévères ne prononcent cette peine que contre le navire qui oppose une résistance active, qui combat[2].

Le navire neutre arrêté, soit en baissant ses voiles, soit en se mettant en panne, le croiseur doit se tenir *hors la portée du canon,* car c'est ainsi que l'on doit interpréter les quelques traités qui se sont servis de ces mots : *à la portée du canon*. Trois actes seulement ont modifié cette distance[3], mais ces trois traités ne sauraient modifier la loi internationale établie par une jurisprudence constante de plusieurs siècles.

Des observations ont été faites contre cette disposition; elles sont tirées de ce que souvent l'état du vent ou de la mer ne peuvent permettre à un bâtiment d'envoyer, à une aussi grande distance, une embarcation[4]. La difficulté, l'impossibilité même doit se présenter souvent; mais elles ne pouvaient pas être ignorées des rédacteurs des traités; ils ont persisté dans cette stipulation, ils l'ont respectée nombre de fois pendant deux siècles, elle doit être exécutée. Si le croiseur ne peut faire la visite dans la forme prescrite, il doit y renoncer.

La disposition du droit international est très-sage ; il y a deux intérêts en présence, celui du belligérant et celui du neutre, intérêts également respectables, également sacrés. La loi a donné au croiseur un pouvoir spécial pour l'exercice de son droit, mais elle a limité ce pouvoir de manière à ne pas léser les droits du neutre. Enlever cette limite, permettre au croiseur de s'approcher du navire visité autant qu'il le voudra, ou, comme dit la convention de 1801, *autant que l'état de la mer le permet*, c'est renverser tout le système de la visite tel qu'il a été créé par les traités, pour lui substituer un système complétement contraire au droit de la neutralité. En effet, lorsque les bâtiments seront bord à bord, vergues à vergues, que devient la précaution d'exiger que deux ou trois hommes, au plus, puissent monter à bord? D'ailleurs, qui sera appelé à apprécier la possibilité ou l'impossibilité de mettre une embarcation à la mer? Evidemment le belligérant seul. Il se trouvera donc juge unique de la question de savoir s'il doit ou non remplir les obligations qui lui sont imposées [1]. Le vent et la mer mettent souvent obstacle aux opérations de la guerre maritime; souvent ils arrachent au belligérant la proie sur laquelle il comptait, la conquête qui paraissait la plus assurée; il est forcé d'obéir à cette force supérieure, à la force des éléments. Dans ce cas, cette force à laquelle nul homme ne peut résister l'empêche de procéder à la visite.

---

[1] Voyez notamment Lampredi, *Du commerce des neutres*, première partie, § 12.

[2] L'ordonnance de 1681 porte : « Tout vaisseau qui refusera d'amener ses voiles après la semonce qui lui en aura été faite... pourra y être contraint par artillerie ou autrement, et en cas de résistance et de combat, il sera de bonne prise. » L'art. 57 de l'arrêté du 2 prairial an II n'est pas moins explicite. Les ordonnances espagnoles et suédoises contiennent la même dispostiion.

[3] Le premier traité qui ait consacré une exception est celui du 31 décembre 1786, 11 janvier 1787, entre la France et la Russie. Après avoir adopté toutes les formes usuelles de la visite, il fixe la distance à laquelle doit se tenir le croiseur à une demi-portée de canon. La seconde exception se trouve dans la fameuse convention anglo-russe de 1801. Ce prétendu traité fixait la distance à la portée du canon, *si l'état de la mer et le lieu de la rencontre le permettaient.* Le troisième traité de cette nature est celui du 16 mai 1832 entre les États-Unis d'Amérique et le Chili, d'après lequel le croiseur doit s'arrêter à la plus grande distance possible en égard au but de la visite, à l'état de la mer et au degré de suspicion porté au navire visité.

[4] V. Ortolan, *Diplomatie de la mer,* t. II, l. III, ch. VII.

Le croiseur doit envoyer au navire visité une embarcation, et deux ou trois hommes seulement peuvent monter à bord [2]. Il ne saurait donc être permis à un bâtiment de guerre, quelle que soit sa force, quel que soit le grade de celui qui le commande, d'appeler à son bord le capitaine, maître ou patron du navire visité. C'est ce qui résulte évidemment de tous les traités que nous avons cités; il y en a même quelques-uns qui défendent expressément de faire venir le neutre à bord du croiseur [3]. Cependant les lois intérieures de quelques puissances en guerre laissent au bâtiment armé le choix d'envoyer des hommes faire la visite, ou d'appeler le capitaine neutre[1]. Cette distinction importante ressort de l'origine même et du but de la visite. Son origine est l'intérêt du belligérant, son but est de faciliter l'exécution du droit de guerre, c'est donc au belligérant seul qu'il appartient de faire ce qui est nécessaire pour exercer le pouvoir qui lui est accordé.

---

[1] V. Demorteur : *Essai sur les armateurs, les prises, et surtout les reprises*, ch. II, § 20, note *a*, et Massé, *Droit commercial.*

[2] Tous les traités qui contiennent des règles sur la visite sont d'accord sur ce nombre, il nous paraît inutile de les citer ici. Les lois intérieures sont, sur ce point, en harmonie avec les actes obligatoires. Cependant l'ordonnance russe du 31 décembre 1807, veut qu'on ne puisse faire entrer qu'un seul homme dans un navire chrétien. V. ladite ordonnance, art. 4, Demorteur, *Rec.*, t. IV, p. 436.

[3] Le traité le plus explicite à cet égard est celui du 20 septembre 1800 entre la France et les États-Unis d'Amérique. L'art. 18 se termine ainsi : « Il est expressément convenu que le neutre ne pourra être contraint d'aller à bord du vaisseau visitant, pour y faire l'exhibition demandée des papiers, ou pour toute autre information quelconque. »

D'ailleurs, il ne serait pas sans danger pour le capitaine neutre de se rendre à bord du navire armé. La visite n'est pas faite seulement par les vaisseaux de l'État, ce pouvoir est confié également aux corsaires ; il ne serait pas toujours sûr de confier les papiers et la personne du capitaine à de pareils hommes. Enfin, s'il existe souvent de grandes difficultés pour un bâtiment armé en guerre, monté par un équipage nombreux, de mettre une embarcation à la mer, ces difficultés sont beaucoup plus grandes encore et plus fréquentes pour un navire de commerce qui n'a que le nombre d'hommes strictement nécessaires pour la manœuvre.

La dernière formalité de la visite, la plus importante, est la vérification des papiers de bord. Lorsque de ces papiers il résulte la preuve : 1° que le navire est la propriété d'une nation neutre, 2° et qu'il se dirige vers un port neutre, le croiseur doit se retirer immédiatement, sans demander d'autres justifications. Si la destination du neutre est un lieu appartenant à l'ennemi du croiseur, ce dernier peut exiger que les papiers relatifs à la cargaison lui soient communiqués. Il examine alors si dans le chargement il se trouve des objets de contrebande de guerre. Cette vérification est faite sur les papiers du navire, qui seuls peuvent être consultés et qui seuls font foi. Nulle recherche, nul interrogatoire de l'équipage ne peut être fait. Si le navire reconnu neutre par sa nationalité est également trouvé neutre par sa conduite, s'il ne porte chez l'ennemi aucun objet prohibé, le croiseur doit se retirer et laisser le navire continuer sa route.

---

[1] V. les deux ordonnances suédoises de 1715, art. 2, et de 1741, art. 2, et celle d'Espagne de 1779, art. 6. Les règlements français sont muets, d'où il semble résulter qu'ils ne consacrent pas cette injustice ; cependant Valin veut que le capitaine neutre apporte ou envoie les papiers au croiseur. *Commentaire sur l'ordonnance de* 1681, art. 12, t. IX, l. III. V. aussi le chevalier d'Abreu, *Tratado de las presas maritimas*, deuxième partie, cap. X. Hebner, Lampredi, Azoni, Galiani, Demorteur, Massé, Ortolan, sont de l'avis contraire.

Il est dificile, ou plutôt impossible de donner un état exact des papiers de bord dont un navire doit être porteur, pour justifier de sa nationalité et de l'innocuité de son chargement. Ces pièces doivent nécessairement différer de forme et de nombre, suivant les usages des peuples propriétaires des navires. Le croiseur qui fait la visite doit se conformer complétement à ces usages. Quelques traités ont eu la sage précaution de donner les modèles de passe-ports qui suffisent pour prouver la nationalité du navire[1]. Quant à la nature du chargement, elle se prouve par les chartes-parties, les connaissements, factures, etc. L'ordonnance hollandaise de 1781 contenait une disposition pleine de sagesse : elle exigeait que tous les bâtiments de guerre, ou armés en guerre, fussent munis de copies des divers traités existants entre la Hollande et les puissances étrangères. On doit poser en principe qu'il suffit que les papiers présentés par le capitaine prouvent clairement les deux faits qu'il doit établir ; indépendamment de leur nombre et de leur forme, c'est l'opinion de Valin, elle ne peut pas être suspecte de partialité en faveur des neutres[2].

A ces règles écrites dans la loi secondaire, on doit en ajouter deux, qui découlent de cette loi, sans cependant y être énoncées d'une manière aussi positive. Elles sont relatives à la limite de la visite, quant aux temps et quant aux lieux.

La visite est un moyen donné au belligérant d'exercer le droit qu'il tient de la loi primitive, de nuire à son ennemi. Pour qu'il y ait un belligérant, un ennemi, il est nécessaire que la guerre existe. Mais il arrive souvent que les hostilités sont commencées, que des faits de guerre sont accomplis, sans qu'il existe aucun acte officiel qui ait proclamé la guerre. Cet état intermédiaire entre la paix et les hostilités n'existe pas légalement pour les peuples pacifiques. Les obligations que leur impose la guerre ne prennent naissance que par la proclamation officielle de la rupture. D'un autre côté, dès que, par la signature d'un traité entre les deux rivaux, les hostilités ont cessé, les devoirs des neutres cessent également.

---

[1] V. notamment les traités d'Utrecht du 13 juillet 1713. Dumont, *Corps dipl.*, t. VI, deuxième partie, p. 264, 1778, entre la France et les États-Unis d'Amérique, art. 27, 26 janvier 1786 entre la France et l'Angleterre, etc., etc.

[2] *Commentaire sur l'ordonnance de* 1681, art. 5, t. IX, liv. III, et *Traité des prises*, ch. v, sect. 3, §§ 2 et 3. V. aussi Demorteur, *Des armateurs, des prises*, etc., ch. II, § 21, note *m*, et Massé, *Du droit commercial*, etc., tome Ier, liv. II, ch. II, sect. 2, § 5, n° 309.

Le pouvoir conféré au belligérant de visiter les navires est donc essentiellement limité au temps précis de la guerre solennelle, et la guerre n'a ce caractère, à l'égard des nations étrangères, que lorsqu'elle a été officiellement dénoncée.

En vertu des principes que nous venons d'énoncer, la visite peut être exercée dans tous les lieux où le belligérant a le droit de faire des actes de guerre. Ces lieux sont clairement désignés par la loi internationale. La haute mer, qui est commune à toutes les nations, sur laquelle, par conséquent, toutes peuvent exercer tous leurs droits ; les mers territoriales et fermées appartenant à l'une des deux parties en guerre, peuvent être le théâtre des actes d'hostilités et par conséquent de la visite. Les mers intérieures et territorriales des peuples neutres sont les seuls lieux où les belligérants doivent déposer les armes, et cesser d'être ennemis ; les seuls où la visite soit défendue.

Telles sont les règles qui régissent le pouvoir accordé aux belligérants de visiter les navires neutres. Une législation aussi claire, aussi positive, librement consentie par toutes les puissances maritimes, semble ne pouvoir laisser place à aucune difficulté. Malheureusement dès qu'ils sont engagés dans les hostilités, les peuples oublient trop souvent les engagements pris pendant la paix. Les traités internationaux les plus solennels sont remplacés par des lois intérieures sans aucune valeur légale entre peuples libres, mais que la force fait exécuter. La jalousie commerciale des belligérants contre les neutres ; le besoin d'accroître le nombre des armements en course, par l'appât d'une proie désarmée et facile, font que la visite légitime est convertie en recherches, en soupçons qui donnent naissance aux attentats contre le droit des gens capables d'effrayer les belligérants eux-mêmes.

La guerre d'Orient s'ouvre sous de meilleurs auspices. Les déclarations faites par la France et par l'Angleterre, bien qu'elles ne parlent pas de la visite, et l'absence de corsaires, sont de sûrs garants que les pouvoirs accordés aux belligérants seront exercés dans les justes limites posées par la loi des peuples. Si nous parlons ici de l'absence des corsaires comme d'une garantie d'une bonne guerre, ce n'est pas que nous repoussions les armements particuliers comme mauvais en principe. Loin de là, nous considérons la course comme légitime, comme bonne et utile. Mais nous pensons que, dans ses rapports avec les neutres, ce mode de guerre doit être réglementé autrement qu'il ne l'a été jusqu'à ce jour par les nations qui l'emploient. D'ailleurs nous avons une confiance complète dans la conduite des bâtiments de guerre proprement dits et dans les officiers qui les commandent.

Nous avons dit que les bâtiments de l'État étaient exceptés de la visite, que leur pavillon assuré par un coup de canon était une preuve suffisante de leur nationalité. Le principal fondement de l'autorité accordée au commandant d'un tel bâtiment est le caractère dont il est revêtu et la délégation des pouvoirs qu'il tient directement de son souverain. Ce privilége, ou plutôt cette foi accordée à la parole du commandant d'un vaisseau de guerre a donné naissance à une question très-importante. Les navires de commerce placés sous l'escorte d'un bâtiment de guerre sont-ils soumis à la visite? ou plutôt, car cette manière de poser la question est cause peut-être de l'erreur dans laquelle sont tombés plusieurs auteurs, la parole de l'officier commandant l'escorte d'un convoi remplit-elle le double but de la visite?

En 1653, l'Angleterre et la Hollande, qui était encore une des puissances prépondérantes sur l'Océan, étaient en guerre; toutes deux profitaient de leur position pour causer les plus grands dommages à la navigation commerciale neutre. Christine, reine de Suède, dont les sujets avaient dès lors un commerce très-florissant, voulant les mettre à l'abri des vexations incessantes auxquelles ils étaient soumis, rendit une ordonnance par laquelle elle prescrivit aux Suédois de réunir autant que possible leurs navires en convois. Les bâtiments de guerre reçurent l'ordre d'escorter ces convois et de résister, même par la force, à toute tentative de visite [1]. Cette ordonnance n'eut pas de suite, la paix ayant été conclue l'année suivante.

Très-peu de temps après, en 1655, les Hollandais, alors neutres, firent tous les efforts pour faire inscrire dans leur traité avec l'Angleterre, le principe que le privilége du bâtiment de guerre devait s'étendre à tous les navires convoyés [2]. Ils purent l'obtenir. Il est remarquable que le principal motif du refus de l'Angleterre fut un motif commercial [3].

---

[1] Puffendorf, *De rebus succi.* lib. XXV, § 21.

[2] V. sur cette négociation Turloë, *State papers*, t. VI, et surtout *Templ's memoirs*, tome II, p. 250.

[3] En 1655, le négociateur anglais écrivait à son gouvernement : « ... Ils

La Hollande persista néanmoins, elle fit escorter ses navires et donna l'ordre à ses officiers de consentir à la vérification des papiers, mais de repousser toute visite par la force, c'est-à-dire qu'elle consentit à ce que nous avons appelé *la visite* et repoussa *les recherches*. Cet ordre amena un confit entre l'amiral Ruyter, commandant un convoi, et une division anglaise qui fut forcée de se retirer.

Le traité de 1666 ne parle point du privilége des navires convoyés. La Hollande avait cependant enlevé tout l'intérêt de sa question en consentant à ce que le commandant du convoi exhibât les papiers des navires confiés à sa garde. Cette concession enlevait au vaisseau de guerre toute la force de sa position, puisque le croiseur pouvait trouver les papiers irréguliers et saisir un ou plusieurs des navires convoyés. Ce système évitait seulement les recherches.

Cette question fut soulevée depuis lors chaque fois que la guerre vint ensanglanter l'Océan, et cependant aucun traité ne tenta de la résoudre pour ou contre le belligérant. Pendant la guerre de l'indépendance américaine, plusieurs combats eurent lieu entre les bâtiments de guerre neutres, hollandais et suédois, chargés d'escorter des convois et les bâtiments anglais [1].

A cette époque les puissances neutres coalisées pour le maintien de leurs droits (neutralité armée) déclarèrent, unanimement, que la parole de l'officier militaire, commandant l'escorte du convoi, suffisait pour constater la nationalité des navires confiés à sa protection et la qualité innocente de leur chargement, c'est-à-dire pour remplir le double but de la visite. Plusieurs traités furent conclus dans ce sens [2].

Jamais la lutte, à l'occasion de la visite des navires convoyés, ne fut plus ardente que pendant les guerres de la révolution française ; elle se termina par l'affaire de Copenhague, du 2 avril 1801, et par la convention maritime du 17 juin de la même année, qui soumit à une sorte de visite même le bâtiment de guerre chargé de l'escorte.

---

veulent... par ce moyen attirer tout le commerce à eux seuls, etc., à leurs vaisseaux ; » Turloë, *ub. sup.*

[1] Les autres belligérants, les États-Unis, la France, l'Espagne, et plus tard la Hollande, avaient reconnu que la parole de l'officier, commandant l'escorte, était suffisante pour remplacer la visite.

[2] V. traité 19 septembre 1779 entre la France et le Mecklembourg. (Ce

Dès 1807, cette convention fut déchirée par le bombardement de la capitale du Danemark et par la déclaration de guerre de la Russie à l'Angleterre [1].

Depuis le rétablissement de la paix, en 1815, tous les traités conclus par les puissances maritimes, l'Angleterre exceptée, contiennent la disposition expresse que le but de la visite sera complétement atteint à l'égard des navires convoyés par la déclaration du commandant de l'escorte, qu'ils sont réellement neutres, et, s'ils se dirigent vers un port ennemi, que leurs cargaisons ne contiennent aucun objet de contrebande [2]. L'Angleterre, depuis le commencement du XIX^e siècle, s'abstient de mettre dans ses traités aucune clause relative au droit international maritime.

La solution donnée par les traités modernes à cette question, nous paraît parfaitement conforme aux principes qui précèdent. Le pouvoir de visiter les navires neutres rencontrés à la haute mer, a été accordé aux belligérants dans le but unique de les mettre à portée d'exercer le droit de guerre contre leur ennemi, et d'empêcher les neutres de manquer à leur devoir, de se mêler aux hostilités en fournissant à l'un des peuples en guerre des armes et des munitions. D'un autre côté, il a été reconnu que la parole de l'officier commandant un bâtiment de l'État suffisait pour remplir le but de la visite, parce que ce fonctionnaire représente directement le souverain dont il tient les pouvoirs. Il serait difficile de donner une raison, un motif qui enlevât quel-

---

traité est le seul antérieur à la neutralité armée de 1780.) 8 octobre 1782, entre la Hollande et les États-Unis d'Amérique. 19 octobre 1782, entre le Danemark et la Russie. 17 janvier 1787, entre la Russie et les Deux-Siciles. 22 janvier 1787, entre la France et la Russie. 25 janvier 1787, entre la Russie et l'Espagne, etc., etc.

[1] Le bombardement de Copenhague eut lieu le 7 septembre 1807. Dans sa déclaration de guerre du 7 novembre de la même année, la Russie déclare anéantie la convention de 1801. De son côté l'Angleterre dans sa contre-déclaration retire toutes les concessions par elle faites. Voy. ces deux pièces dans le *Recueil* Demorteur, t. VIII, p. 705 et 710, et dans Schœll, *Histoire abrégée des traités de paix*, t. IX, p. 88 et 100.

[2] 3 octobre 1824, entre les États-Unis d'Amérique et la Colombie. 1^{er} mai 1829, entre la Hollande et la Colombie. 18 mars 1829, entre les États-Unis et le Brésil. 5 avril 1831, entre les États-Unis et le Mexique. 16 mai 1832, entre les États-Unis et le Chili. 26 septembre 1839, entre la France et le Texas. 18 septembre 1840, entre la Hollande et le Texas. 18 octobre 1844, entre la France et la Nouvelle-Grenade, etc., etc.

que chose à la valeur de cette parole, lorsque le vaisseau est chargé d'escorter des navires marchands. L'officier est toujours revêtu du même caractère délégataire, des mêmes pouvoirs, son affirmation doit avoir la même valeur. La nature de la mission dont il est chargé ne peut rien modifier. Ici cependant le mode d'affirmation est différent. Lorsque le bâtiment de guerre navigue seul ou avec des vaisseaux de même nature, le coup d'assurance est la parole du commandant; le belligérant doit y ajouter foi entière. En cas de convoi, le chef de l'escorte doit déclarer verbalement ou par signaux, les traités ne s'expliquent pas suffisamment sur ce point, que tous les navires remis sous sa surveillance appartiennent réellement à la nation, et qu'ils ne portent aucun objet compris dans le prohibé de guerre. La différence qui existe entre les deux espèces de déclarations justifie la différence adoptée pour la forme dans laquelle elles doivent être faites. La première est simple, elle porte sur un seul fait, un simple coup de canon suffit. La seconde est complexe et nécessite quelques explications. C'est la seule cause que l'on puisse assigner au mode de déclaration imposé au commandant d'un convoi.

De cette solution, donnée par les traités à la question de la visite des navires escortés, il résulte ce fait qu'en réalité ces bâtiments ne sont pas exempts de faire les justifications que la visite a pour but d'amener, mais seulement que le mode employé pour demander et pour donner ces explications est différent. Dans tous les cas, le navire neutre rencontré à la mer par un croiseur belligérant doit justifier de sa nationalité et de son respect pour les devoirs de la neutralité.

Les traités sont loin d'avoir prévu les nombreuses questions secondaires que peut soulever la visite. Toutes sont graves, car toutes peuvent entraîner des hostilités. Je me bornerai à exprimer le vœu que les nations maritimes fassent les plus grands efforts pour régler d'un commun accord toutes ces difficultés, afin de prévenir, autant que la patience humaine le peut, les maux de la guerre. Mais pour arriver à ce but, il est nécessaire que la paix soit rétablie; ce n'est que pendant la paix qu'il est possible de bien réglementer la guerre.

F. HAUTEFEUILLE.

PRIVILÉGES. — MEUBLES. — TRANSFORMATIONS.

DE L'EFFET QUE PEUVENT AVOIR SUR LES PRIVILÉGES MOBILIERS LES MODIFICATIONS OU TRANSFORMATIONS SUBIES PAR LES CHOSES SUR LESQUELLES ILS SONT ÉTABLIS.

Par M. Mourlon, docteur en droit.

Je me propose d'étudier sous ce titre la question de savoir si les priviléges mobiliers continuent d'exister, alors que les choses sur lesquelles ils portent ont subi des changements dans leur nature primitive, ou s'ils sont éteints par l'effet de ces transformations.

Quoique cette question embrasse dans sa généralité chacun des priviléges spéciaux compris dans l'article 2102, cependant, comme elle ne se présente guère, en pratique du moins, qu'à l'égard du privilége du vendeur, nous raisonnerons toujours en prenant ce privilége particulier pour type de nos espèces.

Ce point de droit peut être envisagé sous deux aspects différents. Nous aurons, en effet, à examiner ce qui arrive 1° au cas où l'objet du privilége subit quelque modification, tout en restant dans sa nature de meuble; 2° au cas où il passe de l'état de *meuble* à l'état d'*immeuble*.

§ I. — Le privilége du vendeur cesse-t-il d'exister lorsque la chose vendue a subi des changements qui en ont modifié la nature?

Déjà fort controversée dans notre ancienne jurisprudence, cette question divise aujourd'hui encore nos meilleurs auteurs. Cependant tous sont d'accord qu'une distinction est nécessaire. Nous aurons donc des changements qui étendront le privilége et d'autres qui le laisseront subsister. Mais à quels signes reconnaîtra-t-on les modifications qui seront extinctives du privilége de celles qui ne le seront pas? Ici commence la divergence.

Cujas a donné sur ce point une théorie dont voici l'analyse.

Les mutations subies par une chose sur laquelle un privilége est assis emportent son extinction lorsqu'elles empêchent cette chose de subsister dans son espèce : *Mutatio quæ parit novam speciem et priorem perimit quæ pignori nexa erat, procul dubio pignus perimit.*

Toutefois la mutation qui transforme la chose hypothéquée en une autre chose n'est pas toujours extinctive de l'hypothèque. Il faut à cet égard distinguer si la chose transformée peut ou non revenir à son espèce primitive. Au premier cas l'hypothèque subsiste ; elle est éteinte au second. Ainsi, lorsqu'un lingot a été transformé en couverts d'argent, le privilége qui existait sur le lingot subsiste sur les couverts ; ces couverts peuvent, en effet, être ramenés à leur espèce primitive, c'est-à-dire à l'état de lingot. La matière l'emporte ici sur la forme : *In his scilicet rebus prævalet materia.*

Quant aux changements qui ne font qu'augmenter ou diminuer la chose, sans en changer l'espèce, ils ne portent en aucun cas atteinte à l'existence du privilége : *Mutatio quæ rem auget... vel mutatio quæ minuit pignus non perimit.*

Cujas termine sa théorie en faisant remarquer qu'on peut distinguer trois modes différents de mutation, savoir :

1° *Mutatio quæ fit ex non subjecto in subjectum*, comme lorsqu'on fait un navire avec les arbres d'une forêt; le navire, en effet, est construit avec une matière qui dans le principe n'était pas un navire : *fit enim ex non nave navis.*

2° *Mutatio quæ fit ex subjecto in subjectum*, comme si on plante une vigne sur un sol précédemment en friche.

3° *Mutatio quæ fit ex subjecto in non subjectum, ut si navis dissolvatur tota.*

Ces distinctions ont paru à M. Troplong pleines de sens. Il y voit une doctrine profonde et lumineuse, un criterium infaillible pour résoudre les mille espèces qui peuvent se présenter en cette matière.

Mais, si je ne me trompe, M. Troplong a cédé ici à une apparence trompeuse. La forme brillante, abstraite et toute scientifique de la doctrine de Cujas l'a séduit au point de l'empêcher de voir que les distinctions qui lui servent de base ne sont au fond que de pures subtilités dont le droit romain pouvait s'accommoder peut-être, mais qu'assurément la simplicité de notre droit ne comporte pas. Elles cachent, en effet, sous un faux semblant de logique, de grosses inconséquences et de criantes injustices. Leur pratique est d'ailleurs si difficile et si arbitraire que ceux-là même qui s'unissent pour les suivre disputent sans cesse entre eux dès qu'elles passent à l'application. Loin donc qu'elles puissent servir de guide, elles ne sont propres qu'à porter le trouble en des matières qui, sans elles, eussent été d'une grande simplicité.

Je vais exposer, au reste, les solutions acceptées ou combattues par les différents auteurs qui se sont groupés sous la doctrine de Cujas. Le lecteur jugera.

Suivant Grenier, les seuls changements qui éteignent le privilége du vendeur sont ceux qui enlèvent à la chose vendue *son ancienne forme, sa nature et sa dénomination* (II, p. 40).

Selon M. Duranton, les changements n'éteignent le privilége qu'autant que la chose qui les a subis peut être considérée comme ayant cessé d'exister, sinon *en fait*, du moins *en droit* (XIX, n° 124).

« Le point important, dit M. Troplong, est de distinguer si la chose a cessé d'être ce qu'elle était pour se transformer *en une espèce différente*, ou seulement si cette chose n'a reçu que des améliorations ou des diminutions qui n'ont pas empêché qu'elle ne conservât son espèce primitive. »

Ces formules, quoique divergentes dans l'expression, sont identiques quant au fond ; chacune d'elles se résume en ce résultat que le privilége s'éteint non-seulement quand la chose sur laquelle il est assis se trouve si complétement et si absolument détruite qu'il n'en existe plus aucune trace saisissable ou visible, mais encore lorsque les transformations qu'elle a subies en ont fait une chose nouvelle, tout en laissant subsister la matière dont elle est composée. D'où cette règle commune : il n'est point nécessaire, pour que le privilége cesse d'exister, que la chose sur laquelle il porte périsse *matériellement* ; il suffit qu'elle périsse *civilement* par la transformation de *sa substance*.

Ainsi nos auteurs sont tous disciples de Cujas; si donc la règle qu'il a tracée et qu'ils acceptent pour guide est, ainsi qu'ils l'affirment avec tant de confiance, un criterium sûr et infaillible, aucun d'eux ne devra s'égarer en chemin ; tous arriveront également au même but. Passons donc aux solutions !

1° Je vous ai vendu un bijou en or ; vous l'avez fondu pour en faire un autre d'une forme et d'un usage différents : mon privilége est-il perdu ? Oui, répond M. Grenier ; non, réplique M. Troplong.

2° Je vous ai vendu des étoffes et des draps ; avec les étoffes vous avez fait faire un lit ; des draps vous avez fait un habit : le privilége du vendeur est éteint, suivant M. Grenier ; il ne l'est pas, selon M. Duranton.

3° Le propriétaire qui a vendu des laines conserve-t-il son privilége sur les draps qui en ont été faits? Basnage, qui lui aussi s'était rangé au système de Cujas, rapporte que de son temps, la question a toujours été résolue en faveur du vendeur; mais M. Troplong, le reprenant à ce sujet, lui reproche d'avoir sur ce point oublié les savantes distinctions de Cujas.

4° Si l'acheteur a fait des sucres avec les cassonades qui lui ont été vendues, le privilége du vendeur est-il conservé sur les sucres? Sans aucun doute, répond encore Basnage: il est vrai, dit-il, que les sucres appartiennent à l'acheteur qui les a raffinés, mais cela n'empêche pas que le vendeur qui lui a fourni les cassonades avec lesquelles il les a faits ne puisse conserver sur eux son privilége, « parce que suivant la distinction de maître Cujas, ce changement qui se trouve en la matière ne l'a pas détruite, *novam speciem non perperat nec pignus perimerat*; cette mutation a seulement augmenté la chose, comme lorsqu'on a bâti une maison sur une place vide... » M. Grenier est tout à l'opposé de cette solution; il y a eu, selon lui, changement de forme, de nature et de nom dans la chose vendue; elle a cessé d'exister, et avec elle le privilége.

5° Le créancier conserve-t-il son privilége lorsque les grains qu'il a vendus ont été convertis en farine? MM. Grenier et Troplong tiennent pour la négative : la chose vendue, disent-ils, a été transformée en une chose d'une espèce toute différente; le privilége est donc éteint. Mais voici M. Duranton qui est d'un avis contraire : la transformation qu'a subie le blé converti en farine n'est, pour lui, qu'un pur changement de forme; le privilége n'en souffre aucunement.

Est-ce assez de controverses et faut-il encore, en présence de ces divergences, croire que le principe qui les a inspirées est un guide sûr auquel on puisse se confier aveuglément? Lorsqu'une règle est si diversement appliquée par des hommes passés maîtres dans la science, on peut affirmer hardiment qu'elle n'est pas bonne.

M. Troplong n'y croit pas lui-même outre mesure, si j'en juge par le soin qu'il a mis à ne s'expliquer que sur des espèces peu nombreuses, nettement caractérisées et qui semblent choisies tout exprès pour le besoin de sa doctrine. S'il a laissé dans l'ombre d'autres espèces moins saillantes, n'est-ce point parce qu'il a craint d'y compromettre son principe? Il décide, par exemple, que le privilége ne passe point de l'arbre qui a été vendu sur le coffre qu'en a fait l'acheteur; sa solution, dans ce cas, paraît toute naturelle, tant il semble évident que la chose vendue a cessé d'exister. Mais entre l'arbre brut et le coffre, il y a des intermédiaires. L'arbre a d'abord été travaillé grossièrement. L'acheteur a commencé par l'équarrir, c'est-à-dire par l'ébrancher et le tailler en quatre surfaces planes. A ce moment le privilége existe-t-il encore? Assurément, dira M. Troplong; car la chose qui a été vendue n'a pas cessé d'exister; elle a simplement changé de forme; ce changement en a diminué le volume, mais il n'en a pas fait une autre espèce; le privilége subsiste donc. Mais supposons que l'arbre équarri ait été travaillé de nouveau et débité en planches : le privilége subsistera-t-il encore? M. Troplong aurait peut-être ici de la peine à se prononcer. Dira-t-il que cette nouvelle modification de la chose vendue n'est pas essentielle, que l'arbre subsiste encore, divisé sans doute, fractionné en plusieurs parties, mais dans son essence primitive, puisque toutes les parties qui en ont été faites le représentent en son entier? Mais alors pourquoi décider autrement, lorsque les planches travaillées à leur tour ont été assemblées de manière à produire un coffre? Ce coffre n'est après tout que la réunion, dans un certain assemblage, des planches qui tout à l'heure étaient encore assujetties au privilége. Si l'arbre, quoique débité en planches, est réputé existant sous la forme nouvelle qu'il a reçue, ne peut-on pas admettre également que les planches continuent de même d'exister sous la forme de coffre qui leur a été donnée? Ont-elles donc changé de nature par cela seul qu'elles ont été travaillées, creusées en certains points et arrondies en d'autres? Mais s'il en est ainsi ne suis-je pas alors autorisé à soutenir que la nature de l'arbre est également changée dès qu'on l'a réduit en planches? M. Troplong admettrait peut-être cette solution. Mais alors mes objections le suivant sur ce nouveau terrain subsisteraient dans toute leur force. Elles ne feraient que changer de forme. Si, dirais-je, la réduction de l'arbre en planches en a fait une nouvelle espèce, pourquoi ne pas décider de même, au cas où il a été simplement coupé par le milieu? Que si cette simple séparation en deux parties en dénature l'espèce au point d'en faire une chose nouvelle, quelle raison y a-t-il alors de n'en pas dire autant de son équarrissage? En remontant ainsi les degrés du travail successif auquel il a été soumis, on arriverait à dire que le premier coup de hache qui lui a été porté a suffi pour entraîner l'extinction du priviliége auquel il était soumis!

M. Troplong me reprochera peut-être d'exagérer à plaisir les difficultés et d'obscurcir, par des apparences trompeuses, le principe dont il s'est constitué le défenseur ; il me répondra, sans doute, que lorsque la chose sujette au privilége passe successivement par des mutations diverses, il arrive un moment où elle change d'espèce et que c'est à ce moment que se place l'extinction du privilége. Mais alors qu'il nous dise quel est ce moment et à quels signes on le reconnaîtra. S'il y a quelque règle propre à marquer cette distinction, qu'on nous la donne; autrement il me sera permis de dire que le système, théorie de sentiment et de bon plaisir, n'est que l'expression d'une volonté personnelle.

J'ai signalé les embarras inextricables qu'entraîne cette doctrine. J'en veux montrer maintenant le côté moral et juridique.

La loi veut que le vendeur qui a mis une valeur mobilière dans le patrimoine d'un débiteur soit payé sur cette valeur avant les autres créanciers; ce privilége est éminemment favorable. Il a son fondement, d'une part, dans le droit sacré de la propriété, et d'autre part, dans l'équité qui serait blessée au premier chef, si les créanciers de l'acheteur étaient appelés à concourir avec le vendeur sur la valeur dont il n'a consenti à se dépouiller que sous la condition qu'il en recevrait le prix. Le droit de préférence qu'on lui donne est moins une faveur qu'un acte de justice.

Cela posé, passons à l'application et voyons le respect qu'on y a pour ce droit d'un ordre si distingué.

Soit un privilége sur une barque; la barque périt dans un orage; mais on a pu en recueillir et assembler tous les débris. Le vendeur vient dire : « Ces planches désassemblées, ces bois, ces ferrailles ne sont rien autre chose que les parties séparées de la barque par moi vendue ; la valeur que j'avais mise dans le patrimoine de l'acheteur y est donc encore, et puisqu'elle s'y trouve elle continue d'être mon gage exclusif. Qu'importe, en effet, qu'elle y soit amoindrie et sous une forme nouvelle ! Les accidents ne peuvent pas avoir pour effet de me dépouiller de mon droit pour en investir les autres créanciers. »

Quoi de plus juste que cette prétention ! elle a toute la simplicité de la justice et toute l'évidence du bon droit. Mais que peut la justice contre le dogmatisme ! la scolastique est plus forte que l'évidence elle-même ! Si M. Troplong avait à juger notre vendeur, il le condamnerait sans pitié, et, en le dépouillant de son droit, il n'éprouverait assurément aucun scrupule de conscience. N'oublions point, dirait-il, les savantes leçons de Cujas : la mutation *quæ fit ex subjecto in non subjectum* est la plus essentielle de toutes, *omnium summa mutatio est;* or, dans l'espèce, la chose sujette au privilége a précisément subi cette espèce de mutation; le privilége n'a donc plus aucune raison d'être !

Comment M. Troplong, d'ordinaire si indépendant, a-t-il pu sacrifier l'autorité de la raison à la vaine autorité d'un nom ! Quoi ! parce qu'un jurisconsulte éminent a écrit des formules sophistiques sur une loi qui a cessé de nous régir, loi subtile, abstraite et rigoureuse, qui souvent sacrifiait l'équité à l'empire des mots, il faudra que moi, vendeur, je sois dépouillé de mon droit, sous ce prétexte dérisoire qu'un cas fortuit est venu diviser en plusieurs parties le gage qui était ma sauvegarde ! N'est-ce pas une chose étrange et bien triste à la fois que de voir un honnête homme demander, avec toute l'énergie de sa conviction et de son talent, qu'une partie de ma fortune passe dans le patrimoine des créanciers de mon acheteur, parce que le hasard des événements est venu changer, dans les mains de mon débiteur, la forme de la chose que j'y avais mise et que la loi n'avait affectée qu'à moi seul ? Où trouver dans ce déplacement de fortune, ou plutôt dans cette spoliation, car il faut l'appeler par son nom, je ne dirai pas la raison, mais l'équité de la loi ?

M. Troplong n'a pas montré en ce point cet esprit de justice, cette droiture de sens et de jugement qu'on admire en ses écrits.

Il peut varier ses espèces, nous y trouverons toujours les mêmes contradictions, le même non-sens, la même injustice. Ses solutions aboutiront toutes au même résultat, à une spoliation sans motif.

Je vous ai vendu deux blocs, l'un de marbre, l'autre de bronze ; vous en avez fait deux statues : mon privilége de vendeur est-il perdu par suite de la modification qu'ont subie dans vos mains les choses que je vous ai vendues ?

Si cette question était neuve et qu'on eût l'esprit libre des subtilités romaines, sa solution serait évidemment uniforme : le privilége serait écarté ou maintenu pour chacune des deux choses comprises dans la vente. Mais la science ne saurait s'accommoder d'une solution aussi simple. Cujas a distingué, et il faut absolument qu'à notre tour nous distinguions.

Le privilége, maintenu sur la statue de bronze est éteint sur la statue de marbre !

Où est la raison de cette distinction ? Vous la chercherez peut-être dans un motif d'équité ou de justice, peut-être dans quelque considération d'ordre ou de crédit public. Ne perdez point votre temps à de si futiles recherches ! l'équité, la justice, le crédit, le respect de la propriété n'ont rien à faire en un pareil sujet. La distinction proposée est au-dessus de ces considérations. Sa raison d'être est ailleurs !

Le privilége est maintenu sur la statue de bronze *parce qu'elle peut être ramenée à son espèce primitive*, *à l'état de bloc.*

Il est éteint, quant au bloc de marbre, *parce qu'il est impossible que la statue qui en a été tirée reprenne son premier état de bloc.*

Dans le premier cas la matière l'emporte sur la forme ; dans e second, c'est la forme qui prévaut sur la matière.

Telle est la raison profonde, savante, lumineuse et décisive au om de laquelle on protége dans un cas le vendeur qu'on spolie dans l'autre !

J'ai fait de mon mieux pour comprendre, et je n'ai point compris. Dans quel but, me suis-je demandé, M. Troplong veut-il que le vendeur perde son privilége, lorsque la chose vendue a été travaillée par l'acheteur et mise en tel état qu'il est impossible de la ramener à son espèce primitive ? Quel intérêt entend-il protéger en se portant le défenseur si ardent de cette déchéance ?

L'intérêt de l'acheteur ? Mais l'acheteur est complétement hors de cause. Que lui importe que sa statue soit ou non le gage exclusif du vendeur ? A tout événement il faudra qu'il paie ou qu'il se la voie ravir par la saisie qui en sera faite par l'un ou l'autre de ses créanciers.

L'intérêt du crédit public ? Encore bien moins ; car au lieu de le protéger et de l'étendre il lui met des entraves. On conçoit en effet que les ventes à terme seront d'autant moins faciles, d'autant moins nombreuses que les vendeurs seront moins garantis.

M. Troplong est-il mû par un sentiment de justice ou par un besoin impérieux de logique? Mais rien n'est plus juste que d'affecter au prix de vente la valeur que le vendeur a mise dans le patrimoine de l'acheteur ! M. Troplong se plaît à le reconnaître lui-même. Or, cette valeur cesse-t-elle d'exister, disparaît-elle du patrimoine du débiteur par cela seul que la matière qui la représentait a été travaillée, et mise en œuvre, changée dans sa forme ou si l'on veut dans son espèce? Le travail de l'homme appliqué à la matière, lui imprime des qualités nouvelles qui, en augmentant son utilité, augmentent par là même sa valeur; il l'ennoblit, mais il ne l'anéantit pas. Tout objet façonné se compose donc de deux éléments essentiels, savoir : la matière première avec laquelle il a été formé, et le travail de l'ouvrier des mains duquel il est sorti. Ces deux éléments étant distincts, la valeur qu'ils ont contribué à former est elle-même susceptible de se décomposer en deux parties parfaitement reconnaissables. C'est ainsi, par exemple, que l'industriel qui veut estimer ce que lui a coûté et ce que vaut l'objet qu'il a confectionné énumère séparément pour les additionner ensuite les prix de revient de chacun des éléments qui ont concouru à sa fabrication. Chacun de ces éléments, la matière première et le travail, se trouve, par ce procédé, représenté pour une portion dans la valeur commerciale de l'objet confectionné. Dès lors quelle nécessité y a-t-il de soustraire au privilége du vendeur la portion de valeur qu'il a fournie dans la valeur totale de cet objet? Qu'on ne lui permette point d'exercer son droit sur la valeur totale de l'objet, afin qu'il ne profite point seul du travail de son débiteur, je le conçois et peut-être le peut-on soutenir; c'est un point que j'examinerai plus tard : mais n'est-ce pas toute justice que d'employer à le désintéresser la valeur qui vient de lui? Qu'on ne dise point que l'exercice du privilége ainsi limité soulèvera des difficultés, que la nécessité de dégager de la valeur totale de l'objet confectionné la portion de valeur pour laquelle la matière y est représentée, fera naître des complications! car, ainsi que je l'ai montré, rien n'est plus facile que l'opération par laquelle cette valeur sera déterminée. M. Troplong est d'ailleurs obligé d'y recourir lui-même dans le cas où l'objet façonné peut revenir à son premier état, comme lorsqu'un bloc de bronze a été fondu en statue. Que s'il écarte la nécessité de cette séparation des valeurs en disant que le privilége du vendeur portera dans ce cas sur la valeur actuelle de la statue, c'est-à-dire tant sur la valeur née du travail de l'artiste que sur celle qui représente le bronze avec lequel elle a été faite, pourquoi n'applique-t-il point le même système au cas où la statue a été faite avec un bloc de marbre?

Où est la nécessité et la légitimité de cette différence? Quelque effort qu'on fasse, on n'aura toujours pour la justifier que cet incroyable non-sens : la statue de bronze peut revenir à son état primitif, tandis que ce retour à sa nature première est impossible pour la statue de marbre.

Ce système peut-il au moins s'appuyer de près ou de loin sur quelque texte? car, après tout, si la loi commande, notre devoir sera d'obéir; mais ce texte indispensable, ce texte sans lequel la doctrine de M. Troplong ne serait qu'une œuvre de bon plaisir, existe-t-il? M. Troplong l'affirme, examinons!

Aux termes de l'article 2102, nº 4, le vendeur d'effets mobiliers non payés a une double garantie, l'une consistant dans un privilége, l'autre dans le droit de revendiquer les effets qui ont fait l'objet de la vente. Toutefois ce droit de revendication ne peut être exercé qu'autant que les choses vendues sont restées « dans le même état dans lequel la livraison a été faite. » « Or, dit M. Troplong, si je ne peux exercer la revendication, parce que les objets vendus auront changé de nature et d'espèce, il est sensible que je ne pourrai non plus exercer le privilége; car il y a trop d'analogie entre la revendication et le privilége pour que l'un puisse s'appliquer à des choses dont l'autre serait exclu. »

A première vue ce raisonnement paraît juste; sa simplicité séduit tout d'abord; mais lorsqu'on l'examine de près, il n'en reste plus rien.

S'il existe entre le *privilége* du vendeur et son droit de *revendication* une si parfaite analogie qu'on puisse dire que le privilége ne peut point subsister alors que la revendication est éteinte, on devra admettre alors, par une réciproque inverse et nécessaire, que la *revendication* subsiste tant que le *privilége* n'a pas cessé d'exister. Cela posé, voyons les différents points qu'a touchés M. Troplong et les solutions qu'il leur applique.

Première proposition. — Le *privilége* ne se perd que lorsque la chose vendue a changé dans les mains de l'acheteur de *nature* et d'*espèce*; un simple changement de *forme* le laisse subsister dans toute sa force. Le changement d'*espèce* lui-même, dans le cas où la chose peut revenir à son état primitif, ne suffit point pour l'éteindre (I, nº 109).

Deuxième proposition. — Le *droit de revendication* cesse non-seulement lorsque la chose vendue a changé de *nature* et d'*espèce,* mais encore lorsque les changements qu'elle a subis n'ont fait que la modifier *dans la forme*. M. Troplong est même entré si avant dans ce système qu'il est allé jusqu'à dire que le droit de revendication, assis sur une barrique de vin ou sur des comestibles, cesse d'exister par cela seul que l'acheteur a mis en bouteilles le vin de la barrique ou entamé les comestibles qui lui ont été vendus (I, n° 196).

En présence de cette antithèse, de ces deux règles si absolument contraires expliquées et défendues par M. Troplong, que devient sa règle d'analogie et d'équation entre le privilége et la revendication ? Il semble qu'il prenne un secret plaisir à se combattre lui-même, et qu'à côté de chaque affirmation il se plaise à placer une négation, comme s'il s'était proposé de satisfaire à la fois les intérêts les plus divergents. Prenons, par exemple, l'espèce suivante : supposons qu'un acheteur ait mis en bouteilles la barrique de vin qui lui a été vendue : « Mon privilége « subsiste, dira le vendeur, car la chose sur laquelle il est établi « subsiste elle-même ; elle subsiste puisqu'elle n'a changé ni de « *nature* ni d'*espèce* ; elle peut d'ailleurs être ramenée à son état « primitif, car rien n'empêche que le vin soit remis en barrique. »

« Votre privilége est éteint, répliqueront les autres créanciers « de l'acheteur, car la chose vendue n'étant plus *dans le même* « *état*, la revendication n'est plus possible, et quand le droit de « revendication s'éteint, le privilége disparaît. » Qui faudra-t-il croire ? De quel côté est le bon droit ?

Que si, sur la même espèce, nous élevons la question de savoir si la revendication est ou non éteinte, M. Troplong nous fournira de nouveau encore des armes égales pour l'une et l'autre solution. Ainsi l'acheteur pourra dire : « La revendication n'est « plus possible, car le vin ayant été mis en bouteilles on ne peut « plus dire que la chose vendue soit restée *dans le même état*, et « un simple *changement de forme* suffit pour amener l'extinction « du droit de revendication. » « La revendication subsiste, ré- « pondra le vendeur ; et, en effet, la mise en bouteille du vin « que j'ai vendu n'en a changé *ni la nature*, *ni l'espèce ;* il reste « donc compris dans mon privilége; or il y a trop d'analogie « entre la revendication et le privilége pour que la revendication « soit exclue, alors que le privilége est maintenu. »

Où est la vérité ?

La vérité est que la loi a vu d'un œil différent les deux garanties qu'elle accorde au vendeur. Elle a affranchi l'une de toutes les conditions de rigueur dans lesquelles elle a renfermé l'autre. Ainsi, tandis que la revendication, admise seulement dans les ventes faites sans terme, ne peut être utilement exercée que dans la huitaine de la livraison, le privilége, admis dans tous les cas, peut être invoqué tant que la chose vendue est encore en la possession de l'acheteur. Loin donc que la loi ait établi aucune ressemblance entre le privilége et la revendication, elle les a, au contraire, distingués par des différences radicales. Par quel oubli M. Troplong a-t-il pu confondre, pour raisonner *à pari* de l'une à l'autre, deux dispositions si essentiellement différentes? Si quelqu'un s'avisait de tirer de ce rapprochement la conséquence que le privilége et la revendication n'ont lieu que *dans les mêmes ventes* et *dans le même délai*, M. Troplong n'aurait assurément pas assez d'indignation contre une telle énormité. Mais que fait-il lui-même, losqu'il *étend au privilége* la condition que la chose vendue « se trouvera dans le même état dans lequel elle a été livrée? » Où puise-t-il le droit d'assimiler sous ce rapport le privilége à la revendication? La loi veut, pour *la revendication*, que la chose vendue n'ait pas changé d'état; mais dit-elle rien de semblable pour le *privilége?* elle n'exige quant à lui qu'une seule condition, savoir que la chose vendue soit encore en la possession de l'acheteur. Pourquoi donc se montrer plus exigeant qu'elle ne l'est elle-même?

M. Duranton avoue bien qu'il n'existe aucune analogie entre les deux garanties dont jouit le vendeur, et qu'ainsi il n'y a pas lieu de raisonner de l'une à l'autre. Mais il a cru trouver dans les articles 570 et 571 la justification de ces distinctions. Le privilége, dit-il, est nécessairement éteint lorsque la chose vendue *a cessé d'exister*; or, il peut se présenter des cas où la chose devra être, si non *en fait*, du moins *en droit*, considérée comme *inexistante.* Reste donc à rechercher quels sont les cas où il sera vrai de dire qu'elle a cessé d'exister. La règle à suivre à cet égard se trouve écrite dans les articles 570 et 571. La distinction qui y est faite n'a trait, il est vrai, qu'au droit de propriété, mais on peut, par analogie et même par *à fortiori*, l'appliquer au privilége; on conçoit, en effet, sans peine qu'un privilége ne saurait être de meilleure condition que le droit de propriété.

Cela posé, voyons la disposition de la loi.

Lorsqu'un ouvrier a fait une chose nouvelle avec une chose appartenant à autrui, un conflit s'élève entre le propriétaire de la matière avec laquelle cette chose nouvelle a été formée et l'ouvrier qui l'a créée : auquel des deux prétendants appartient-elle?

La loi résout la question par une distinction : si la matière est plus importante que la main-d'œuvre, ou, si elle lui est au moins égale, la chose nouvelle appartient au propriétaire de la matière avec laquelle elle a été formée ; il n'y a pas à distinguer à cet égard si la matière, ainsi façonnée, peut ou non revenir à son état primitif.

Dans l'hypothèse contraire, c'est-à-dire lorsque la main-d'œuvre est de beaucoup supérieure à la matière, l'objet confectionné appartient à l'ouvrier.

Ainsi, dans le premier cas, la matière étant la chose principale attire et absorbe en elle la main-d'œuvre. Elle n'a pas cessé d'exister quoiqu'elle ait reçu une forme nouvelle. Et il est si vrai que sous cette nouvelle forme elle continue d'être la meme chose, que le droit de propriété qui existait sur elle n'a subi aucune atteinte. La loi le maintient dans son intégralité primitive, ou, si l'on veut, elle le transporte de la matière première à l'objet façonné.

Dans le second cas, au contraire, c'est l'industrie qui est la chose principale ; elle l'emporte sur la matière et l'absorbe. La chose primitive a disparu et avec elle le droit du propriétaire auquel elle appartenait ; il y a maintenant une chose vraiment nouvelle qui appartient à l'ouvrier qui l'a créée.

La même distinction étant appliquée au privilége, la question de savoir s'il est ou non perdu par suite des modifications que la chose vendue a reçues dans les mains de l'acheteur, dépendra des mêmes faits. Ainsi, l'acheteur a-t-il converti en farine le blé qui lui a été vendu, le privilége du vendeur est conservé et transporté du blé sur la farine ; que s'il a converti en drap la laine qu'il a achetée le privilége est perdu. Dans le premier cas, en effet, la matière employée est plus importante que la main-d'œuvre qui l'a transformée, tandis que dans le second, c'est l'inverse qui a lieu.

Ce système repose, comme le précédent, sur une analogie impossible. La question de l'extinction du privilége n'a, en effet, aucun rapport avec celle qui fait l'objet des articles 570 et 571. Précisons les espèces.

Un ouvrier a fait une chose nouvelle avec une chose appartenant à autrui : c'est l'espèce prévue par les articles 570 et 571. La question à juger est celle-ci : à qui la chose nouvelle? Au propriétaire de la matière dont elle a été formée ou à l'ouvrier qui l'a faite? La loi aurait pu l'attribuer proportionnellement à chacune des parties intéressées, à l'une, en raison de sa matière, à l'autre, en raison de son industrie; mais cette attribution proportionnelle aurait constitué un état d'indivision qui aurait fait naître entre les parties des tiraillements qu'il fallait éviter. De là la nécessité de régler le conflit par une attribution exclusive. La chose nouvelle est donnée en entier au propriétaire de la matière, ou à l'ouvrier suivant la distinction que nous connaissons.

Cette attribution ne blesse aucun intérêt; elle ne dépouille personne. La loi ne l'accorde, en effet, que sous la condition imposée à celle des parties qui l'obtient de payer une indemnité à l'autre. Ainsi, le propriétaire de la matière, quand c'est à lui qu'est attribuée la propriété de l'objet confectionné, n'y peut prétendre qu'à la charge de payer à l'ouvrier le prix de la main-d'œuvre; et réciproquement, l'ouvrier, quand il garde la chose qu'il a faite, ne l'acquiert qu'à la charge de rembourser le prix de la matière : ainsi personne ne souffre.

On voit combien est peu grave l'intérêt engagé dans ce débat. La loi ne s'est point demandé si le propriétaire dont la matière a été transformée en une autre espèce doit ou non être dépouillé de son droit sans aucune compensation. De semblables questions n'ont point besoin d'être résolues législativement. Il s'agit tout simplement de savoir si le droit du propriétaire lui sera conservé ou s'il sera transformé en un autre droit, c'est-à-dire une créance de somme d'argent.

Or dans la question de privilége il ne s'agit plus de la simple transformation d'un droit en un autre; la question à juger est une question de *déchéance*, de *spoliation*; car, si le vendeur perd son privilége, quelle indemnité recevra-t-il en retour? Son droit, au lieu d'être transformé, sera complétement éteint, éteint sans aucune compensation. Cette déchéance ne serait rien autre chose qu'une spoliation, puisqu'elle aurait en définitive pour résultat de donner aux autres créanciers de l'acheteur ce qu'elle enleverait au vendeur.

N'est-il pas vrai qu'entre notre espèce et celle qui fait l'objet des articles 570 et 571 aucun rapprochement n'est possible?

Comment, en effet, appliquer à une question de *déchéance* un règlement tout empreint d'équité et de justice, uniquement fait pour résoudre la question de savoir si telle personne aura tel droit ou tel autre? Quelque effort que je fasse il m'est impossible de comprendre la liaison qu'on veut établir entre deux hypothèses si opposées de nature. S'il est juste, s'il est conforme aux principes de notre droit que le privilége soit conservé lorsque l'acheteur a converti en farine le blé qui lui a été vendu, pourquoi le déclare-t-on éteint dans le cas où l'acheteur a converti en drap la laine qu'il avait achetée? Parce que, a-t-on dit, la matière qui a fait l'objet l'emporte dans le premier cas, sur l'industrie de l'acheteur, tandis que dans le second c'est l'industrie de l'acheteur qui prévaut sur la matière. Etrange raison! parce que l'acheteur a travaillé la chose que je lui ai vendue et que son industrie vaut plus que ma matière, l'équité et la justice demandent que je sois dépouillé de mon privilége et que les autres créanciers de mon acheteur s'enrichissent à mes dépens! Je le demande à tout homme de bon sens qui étudiera la question sans prévention, cette spoliation est-elle juste? Lors, dit-on, que l'industrie de l'acheteur est plus importante que la chose qu'il a travaillée, elle l'attire et l'absorbe en elle, en sorte qu'il est vrai de dire *alors* que la chose vendue a cessé d'exister; mais où est la nécessité de cette absorption légale d'une valeur par une autre? Par quelle disposition la loi a-t-elle consacré une aussi injuste fiction? Tant qu'on ne la produira point, je serai en droit de dire que la déchéance qu'on fait subir au vendeur n'est qu'une spoliation *cérébrine* qui n'a d'autre fondement que le bon plaisir de ceux qui s'en font si témérairement les défenseurs.

Ce qui m'étonne surtout, c'est que M. Troplong ait poussé l'exagération de son système jusqu'à décider que le privilége du vendeur s'éteint même dans les cas où le droit de propriété de l'acheteur resterait intact, si la transformation de la chose procédait du fait d'un tiers; comme s'il n'était pas de toute évidence et du plus vulgaire bon sens qu'on ne peut pas tenir la chose vendue pour éteinte quant au privilége du vendeur, alors qu'on la tient pour existante, quant au droit de propriété de l'acheteur.

Le privilége du vendeur ne se perd que dans deux cas à savoir: 1° lorsque la chose vendue a cessé d'appartenir à l'acheteur; encore faut-il dans ce cas, que l'acheteur n'en ait pas conservé la possesion; 2° lorsqu'elle est si complétement et si absolument détruite qu'il n'en existe plus aucune trace, aucune partie visible ou saisissable, en autres termes *lorsqu'elle n'est plus reconnaissable.*

Mais tant qu'elle n'est point sortie du patrimoine de l'acheteur, sous quelque forme qu'elle s'y trouve, et si graves que soient les modifications qu'elle a subies, elle continue d'être le gage exclusif du vendeur. En fait rien ne s'oppose à l'exercice du privilége; rien par conséquent n'y peut légitimement faire obstacle.

Je ne puis, il est vrai, citer aucun arrêt à l'appui de cette solution; mais, à défaut de cet auxiliaire, que de bonnes raisons militent en sa faveur!

Je la fonde :

1° *Sur l'autorité de notre ancienne jurisprudence* où l'on trouve des décisions absolument semblables. Ainsi on a jugé que le privilége du vendeur pouvait être utilement exercé sur le sucre raffiné avec les cassonades qui avaient fait l'objet de la vente. « Sans s'arrêter, dit Basnage, à ces subtiles distinctions, *an forma rei mutata fit vel non*, on a suivi l'équité en conservant le droit de celui qui avait fourni la matière. » Le parlement de Rouen a consacré la même doctrine dans une espèce qui mérite d'être citée. Chedeville avait vendu des draps à crédit, dont l'acheteur avait fait faire un lit et des chaises; ces objets ayant été saisis, Chedeville prétendit qu'il avait sur eux un droit de préférence puisqu'ils avaient été faits avec la matière qu'il avait fournie. Les autres créanciers soutenaient que son privilége était éteint, par la raison que la chose par lui vendue avait cessé d'exister. La Cour ordonna qu'il serait payé par privilége sur les deniers provenant de la vente du lit et des chaises, en déduisant néanmoins la plus-value des franges et du bois[1].

2° *Sur l'autorité non moins grande de l'équité et de la justice*, qui seraient blessées l'une et l'autre si, sous prétexte que la chose vendue n'est plus dans le même état, la valeur qu'elle représente devait être partagée au marc le franc entre le vendeur qui l'a mise dans le patrimoine de l'acheteur et les autres créanciers de ce dernier. Ce *déplacement* de fortune ne serait qu'une spoliation, car rien ne le rendant nécessaire, rien ne la justifierait.

---

[1] V. Basnage, *Traité des hypothèques,* ch. XIV.

3° *Sur l'esprit général de notre Code en matière de priviléges et d'hypothèques.* Les immeubles, de même que les meubles, peuvent recevoir des changements assez graves pour en être modifiés au point de prendre en même temps qu'un nom nouveau, une destination nouvelle. Ce marais qui vient d'être desséché et converti en un riche et fécond pâturage n'est plus assurément ce qu'il était dans le principe; la modification qu'il a subie est tout aussi grave et aussi destructive de sa substance que la transformation des laines en étoffes ou d'un bloc de marbre en statue. En concluera-t-on que les priviléges ou hypothèques auxquels il était soumis ont cessé d'exister par cette transformation de sa nature? Jamais personne ne l'a prétendu! et s'il est vrai que les priviléges et les hypothèques subsistent alors que les immeubles sur lesquels ils sont établis ont subi des modifications qui les ont transformés au point de leur faire perdre leur ancienne forme, leur nature et leur destination, si *cette conservation* des priviléges immobiliers en présence de si graves modifications dans leur assiette est juste, légitime et dans l'esprit de la loi, n'est-ce pas se conformer à cette même loi et faire acte de logique et de justice que d'appliquer la même règle aux priviléges mobiliers?

4° *Enfin sur le texte même de la loi*; car par l'antithèse qu'elle établit entre le privilége du vendeur pour lequel elle n'exige qu'une seule condition, la possession par l'acheteur de la chose qui lui a été vendue, et la revendication qu'elle déclare éteinte lorsque la chose qui y était sujette a changé d'état, elle marque clairement que cette cause d'extinction ne s'applique pas au privilége.

Une objection peut pourtant m'être faite : suivant l'opinion générale le privilége du vendeur ne se transporte pas de la chose vendue sur le prix de revente qui peut en être dû. Ainsi, lorsque l'acheteur d'un meuble l'a revendu et livré à un second acheteur resté débiteur du prix de cette revente, le privilége du premier vendeur n'existe ni sur la chose par lui vendue, puisqu'elle n'est plus en la possession de son acheteur, ni sur le prix dû à ce dernier par le second acheteur, car c'est sur la chose vendue et non sur la créance du prix de revente qu'est établi son privilége.

Cela posé, on dira : la chose vendue n'est point, à proprement parler, sortie du patrimoine de l'acheteur; sans doute elle n'est plus dans son individualité primitive, mais elle s'y trouve encore, *comme valeur*, sous la forme d'une créance de somme d'argent. Or, si cette transformation suffit pour éteindre le privilége du vendeur, pourquoi ne pas décider de même à l'égard des transformations matérielles qui ont dénaturé la chose vendue au point d'en faire une valeur nouvelle ?

J'ai deux réponses à faire :

1° Je nie le principe qui sert de fondement à cette objection ; j'établirai, en effet, plus tard que lorsque la chose vendue a été revendue par l'acheteur, le privilége du premier vendeur est reporté ou plutôt qu'il s'exerce sur le prix de la revente.

2° A supposer que ce principe existe on n'en pourrait rien conclure contre la thèse que je soutiens ; on conçoit, en effet, qu'autre chose est le cas où l'acheteur a façonné la chose achetée et celui où il l'a aliénée moyennant un prix qui lui est encore dû ; dans le premier cas, la chose achetée est encore dans le patrimoine de l'acheteur, sa forme est changée, cela est vrai ; le nom sous lequel elle était désignée et individualisée ne lui convient plus, je ne le conteste pas ; elle n'a plus, je le reconnais encore, les mêmes caractères, la même utilité que dans le principe ; mais enfin si graves que soient les changements qu'elle a subis, on ne peut pas dire d'elle qu'elle a cessé d'exister, qu'elle est sortie du patrimoine de l'acheteur ; elle y est encore, seulement elle a maintenant des qualités autres que celles qu'elle avait alors qu'elle a été vendue. Dans le second cas, au contraire, la chose vendue n'est plus, sous aucune forme, dans le patrimoine de l'acheteur ; il est vrai qu'elle en est sortie en échange d'une autre chose, mais la loi n'ayant pas, dans l'espèce, subrogé la chose acquise à la chose aliénée, il n'est point permis de dire que la créance du prix de revente est la même chose que celle qui faisait l'objet du privilége du vendeur.

On voit combien sont différentes ces deux hypothèses, on ne peut donc point raisonner de l'une à l'autre, et y eût-il quelque analogie entre elles, il faudrait encore restreindre rigoureusement au cas de la revente l'extinction du privilége, car cette extinction, aussi peu juste qu'elle est peu rationnelle, ne devrait pas être étendue aux cas que la loi n'a pas expressément prévus.

— Une dernière question nous reste à examiner. Lorsque la chose vendue a été travaillée et façonnée par l'acheteur et qu'il est résulté une plus-value des changements qu'elle a subis, cette plus-value est-elle comprise dans le privilége, ou faut-il l'en déduire ? On l'en déduisait dans l'ancien droit. Ainsi, un vendeur fut admis à exercer son privilége sur un lit et des fauteuils faits avec des étoffes qu'il avait vendues ; mais le parlement de Rouen auquel est due cette décision eut soin de dire que la préférence du vendeur ne porterait pas sur la plus-value résultant des franges et des bois employés dans la confection du lit et des fauteuils (V. p. 94). Cette déduction n'a assurément rien de déraisonnable ; elle paraît même être une suite nécessaire de la nature du privilége du vendeur qui n'est légitime qu'à la condition d'être limité à la chose vendue ; en l'étendant audelà on attribue au vendeur tout le bénéfice du travail de l'acheteur, à l'exclusion des autres créanciers, ce qui est peu juste.

Cependant MM. Duranton et Troplong n'admettent point cette limitation du privilége dans les cas où ils le déclarent conservé ; ils ont considéré sans doute, et je crois qu'en ce point ils ont raison, que cette déduction de la plus-value résultant du travail de l'acheteur pourrait donner lieu à des difficultés d'autant plus regrettables que les intérêts engagés en cette matière sont ordinairement de bien faible importance. Dans la plupart des cas, en effet, la créance du vendeur ne dépassera point la valeur de la chose vendue ; que si le contraire arrive quelquefois, la différence sera nécessairement si minime que la loi a pu et dû la négliger afin d'éviter des débats dont les frais excéderaient le plus souvent l'objet du procès. Je remarque d'ailleurs qu'en matière de priviléges immobiliers la déduction de la plus-value n'a lieu qu'autant qu'elle a été créée par des ouvriers qui ont pris le soin de remplir les formalités prescrites par l'article 2103 pour l'acquisition d'un privilége. Mais lorsque l'acheteur a travaillé de ses propres mains le fonds qui lui a été vendu, ou lorsqu'il a payé de ses deniers les ouvriers qu'il a employés, ou enfin lorsque les ouvriers ont négligé les formalités dont il vient d'être parlé, le privilége du vendeur s'accroît de toute la plus-value résultant des travaux ; et il en est ainsi même au cas où cette plus-value est supérieure à la valeur qu'avait le fonds au moment où il a été vendu. Pourquoi n'étendrait-on pas la même décision aux priviléges mobiliers ?

On ne pourrait toutefois l'appliquer qu'avec certaines modifications et sous certaines réserves nécessitées par les différences caractéristiques des faits à juger. Si la plus-value créée par l'acheteur résulte uniquement du travail auquel il a soumis l'objet affecté au privilége ou de certains accessoires qu'il y a attachés pour l'embellir, le compléter ou le rendre propre à quelque usage auquel il le destine, il est naturel de la comprendre dans le privilége : tel serait le cas où il aurait tourné les bois ou verni les fauteuils qui lui ont été vendus. Mais s'il a joint l'objet comme accessoire à une chose principale ; si, par exemple, il a mis un tableau dans le cadre qui lui a été vendu, la décision ne devrait plus être la même. Le privilége subsisterait sans doute sur le cadre, car, quoiqu'il soit devenu l'accessoire d'une autre chose, il continue néanmoins d'exister ; mais le tableau serait évidemment en dehors du droit spécial du vendeur. Dans ce cas, en effet, on ne peut pas dire que la chose vendue a été améliorée, qu'une autre valeur est venue se confondre et se perdre en elle. Il y a alors, non pas une valeur étendue, augmentée par une autre, mais deux valeurs qui, bien qu'unies, sont pourtant parfaitement distinctes et reconnaissables. Si la maison nouvellement bâtie est comprise dans le privilége du propriétaire qui a vendu le sol sur lequel elle a été élevée, c'est qu'aux yeux de la loi la construction se confond avec le sol et ne fait avec lui qu'une seule et même chose ; mais, dans l'espèce, rien de semblable n'a lieu ; le tableau ne se confond point avec le cadre sur lequel il est ; ce sont deux choses qui sont juxtaposées, sans cesser d'être distinctes. Si l'une d'elles devait, d'ailleurs, absorber l'autre, ce ne serait pas le cadre évidemment qui prévaudrait sur le tableau ; c'est lui, au contraire, qui serait absorbé. Et si nous le reconnaissons comme objet distinct, bien qu'il soit l'accessoire d'une autre chose, si pour nous il a encore une existence propre, c'est qu'au point de vue du privilége auquel il est sujet, cet anéantissement civil de sa valeur serait contraire à toute justice.

Dans tous les cas il est plus qu'évident que si les deux choses unies entre elles ont été vendues par deux personnes différentes, le privilége de chaque vendeur sera limité à la chose par lui vendue. Il n'y aurait pas à distinguer à cet égard, si l'une de ces deux choses peut être considérée, dans le tout qu'elles ont formé, comme un accessoire de l'autre, ou si elles sont l'une et l'autre d'une égale importance.

Au reste, j'avoue sans peine que ces questions sont délicates ; je ferai même si l'on veut cette concession que le privilége du vendeur ne s'étend pas à la plus-value que l'acheteur, par son travail, a donnée à la chose vendue; mais qu'on m'accorde au moins sa maintenue sur la valeur qui est entrée du patrimoine du vendeur dans celui de l'acheteur, et qui, bien que sous une autre forme, s'y trouve encore. Ce que je demande est de la plus stricte justice; l'intérêt public exige que mon intérêt particulier soit sauvegardé; aucun texte n'y fait obstacle; j'ai même pour moi l'esprit général de la loi. Jamais prétention ne fut ni mieux fondée ni plus légitime.

§ II. — Le privilége du vendeur est-il éteint lorsque la chose vendue est passée de l'état de meuble à l'état d'immeuble?

La question ainsi posée n'est point susceptible d'être résolue sans distinction. Deux cas sont à considérer. La chose vendue a pu, en effet, devenir immeuble *par destination* ou passer à l'état d'immeuble *par sa nature*. J'examinerai successivement les deux hypothèses.

I. — Lorsque les meubles vendus sont devenus immeubles *par destination*, le privilége du vendeur est-il éteint ou subsiste-t-il encore? Ainsi, à supposer que les animaux attachés à la culture d'un domaine, les ustensiles aratoires, les pressoirs, chaudières, alambics, cuves et tonnes, les ustensiles nécessaires à l'exploitation d'une usine aient été achetés par le propriétaire de ce domaine ou de cette usine, ces objets continuent-ils, nonobstant leur immobilisation, d'être affectés par privilége à la garantie du prix de vente? Cette question a été diversement résolue par les auteurs. Les uns soutiennent que le privilége est perdu absolument, c'est-à-dire tant à l'égard des créanciers chirographaires de l'acheteur, qu'à l'égard des créanciers ayant hypothèque sur l'immeuble auquel les meubles vendus ont été attachés. D'autres le maintiennent, au contraire, à l'égard de tous les créanciers hypothécaires, ou chirographaires. Dans un système intermédiaire on le tient pour conservé contre les créanciers chirographaires et comme éteint à l'égard des créanciers hypothécaires. Ce dernier système, nous le verrons bientôt, se subdivise lui-même en plusieurs branches.

M. Troplong est pour le maintien absolu du privilége. Quoique sa solution sur ce point n'ait été adoptée ni par la doctrine ni par la jurisprudence, je la crois cependant irréprochable. Les articles

592 et 593 du Code de procédure fournissent en sa faveur un argument qui m'a semblé décisif.

La loi imprime un caractère immobilier aux choses mobilières qui se rattachent par leur destination à un immeuble dont elles deviennent l'auxiliaire ou l'accessoire. Mais ce n'est que par une fiction qu'elles prennent ce caractère, car à ne considérer que la réalité, elles conservent leur nature véritable, leur nature de meubles.

Cette fiction n'est pas *absolue* ainsi qu'elle paraît l'être. A la vérité, les meubles que l'acheteur a attachés à l'exploitation de son domaine ou de son usine sont, en principe, réputés immeubles et comme tels soumis à toutes les règles qui régissent les biens immobiliers. Ainsi, les créanciers ne pourraient point, faisant l'abstraction de l'immeuble dont ils sont l'accessoire, les saisir par la voie expéditive de la saisie mobilière.

Mais à l'égard du créancier qui les a vendus, la règle n'est plus la même. La loi lui permet de les saisir *mobilièrement* de la même manière qu'il le pourrait faire s'ils n'avaient pas reçu la destination qui en a fait des immeubles civils (art. 592, 1° et 593 C. pr.;) ce qui, évidemment, revient à dire qu'en ce qui le concerne et dans la limite de son intérêt de vendeur, la fiction qui les a immobilisés n'existe pas. Pour lui, la réalité subsiste; les meubles qu'il a vendus sont restés dans leur nature de meubles.

Si rien n'est changé en ce qui le touche, comment ne pas reconnaître que son privilége soit conservé? Qui ne voit qu'en maintenant quant à lui le caractère *mobilier* des choses qu'il a vendues, la loi marque par là même, et de la manière la plus formelle, qu'elle entend l'affranchir des suites de *leur immobilisation*, et qu'ainsi cette immobilisation ne porte aucune atteinte à son privilége? Cette conséquence est si exacte, si naturelle, elle se déduit si nécessairement du principe posé, qu'on peut dire d'elle que c'est l'évidence même!

On l'admet en général au profit du vendeur dans ses rapports avec les créanciers *chirographaires* de l'acheteur; mais la plupart des auteurs l'écartent au cas où le vendeur se trouve en conflit avec des créanciers *hypothécaires*[1]. Toutefois, leur solution n'est pas absolue. Les uns déclarent que les créanciers hypothécaires *antérieurs* à l'immobilisation sont seuls à l'abri du privilége; d'autres n'accordent cette faveur qu'aux créanciers *postérieurs*; quelques-uns, portant leur distinction sur un autre point, enseignent que les créanciers dont l'hypothèque est postérieure à l'immobilisation doivent eux-mêmes subir le droit privilégié du vendeur, s'ils l'*ont connu au moment de l'établissement de leur hypothèque.* La Cour de cassation (9 juin 1847) entrant à son tour dans cette voie des amendements, décide que l'art. 593 du Code de procédure ne s'applique pas à ceux des *immeubles* par destination « dont le caractère *mobilier* n'a pas cessé par l'incorporation. »

---

[1] MM. Aubry et Rau sur Zachariæ, t. II, p. 113, note 23; Valette, p. 107; Marcadé, t. VI, p. 288.

Voici bien des distinctions. A première vue, on a peine à les comprendre, surtout quand on se place en présence des termes si simples et si absolus de cet article 593. Mais enfin, bien qu'elles n'y soient pas textuellement écrites, il se peut qu'elles résultent de l'ensemble et de la combinaison des règles qui régissent la matière. C'est ce qu'il importe d'examiner.

Je dégagerai, dans un intérêt de méthode, les différentes distinctions que j'ai à combattre.

Première distinction. — Le privilége maintenu dans son intégralité à l'égard des créanciers chirographaires n'est pas opposable aux créanciers hypothécaires *antérieurs* à l'immobilisation. Ainsi nous voici en présence d'un privilége d'une nature toute particulière; au lieu de primer les créanciers hypothécaires, c'est lui, au contraire, qui est primé par eux. On ne lui donne rang que sur les simples créanciers chirographaires. Sur quelle raison fonde-t-on cette dérogation au droit commun? Si le vendeur est privilégié à l'égard des créanciers chirographaires, c'est évidemment parce que, entre eux et lui, les meubles qu'il a vendus ont conservé leur caractère *mobilier*, nonobstant leur nouvelle destination. Or, s'il en est ainsi au regard des créanciers chirographaires, ne doit-il pas en être de même lorsque le vendeur se trouve en conflit avec les créanciers hypothécaires antérieurs à l'immobilisation? Est-ce que l'art. 593 du Code de procédure contient quelque distinction à ce sujet? Non : la règle qu'il établit est, au contraire, absolue!

C'est donc ailleurs qu'on va chercher la justification de cette distinction; on prétend la trouver dans l'art. 524 du Code Napoléon, combiné avec les art. 2118, 2113 et 2102. Les meubles placés sur un fonds pour son service et son exploitation empruntent, dit-on, sa nature et deviennent immeubles comme lui (art. 524), ce qui les rend susceptibles d'être compris dans une hypothèque (art. 2118); l'hypothèque établie sur un fonds s'étend sur toutes les améliorations qu'il reçoit, et, par suite, sur les meubles qui deviennent ses accessoires ou auxiliaires (art. 2133); les meubles que l'acheteur a immobilisés par destination sont donc compris dans l'hypothèque établie sur le fonds à l'occasion duquel leur immobilisation a eu lieu. Dès lors à quel titre maintiendrait-on sur des biens que la loi déclare elle-même *immobiliers* un privilége qui est essentiellement mobilier? (art. 2102).

Si cette argumentation a quelque valeur, elle la puise évidemment dans sa faiblesse. Elle est si vide de sens et si dénuée de fondement qu'on ne sait, en vérité, par quel côté l'attaquer.

Remarquez d'abord qu'au lieu de justifier la distinction en faveur de laquelle elle est faite, elle en est, au contraire, la condamnation formelle; car, si elle était juste dans son principe, s'il était vrai qu'en ce qui touche les créanciers hypothécaires, le privilége du vendeur est perdu parce que les meubles sur lesquels il portait ont maintenant un caractère *immobilier*, la même raison subsisterait également en faveur des créanciers chirographaires, en sorte que le privilége serait perdu, non point relativement à tels ou tels créanciers, mais d'une manière absolue, c'est-à-dire tant à l'égard des créanciers chirographaires qu'à l'égard des créanciers hypothécaires. La question restée entière n'a donc pas avancé d'un pas. Pourquoi le privilége est-il perdu à l'égard des créanciers hypothécaires, tandis qu'il est conservé à l'égard des créanciers chirographaires? On croit se tirer d'affaire en répondant qu'aux termes de l'art. 2133 l'hypothèque s'étend à toutes les améliorations survenues à l'immeuble hypothéqué, et qu'ainsi elle embrasse les meubles qui ont été immobilisés sur le fonds auquel l'acheteur les a attachés; mais on ne prend pas garde que si cette raison expliquait l'extinction du privilége du vendeur en concurrence avec les créanciers hypothécaires, une raison analogue la justifierait également dans l'intérêt des créanciers chirographaires; car de même que l'hypothèque embrasse tous les accessoires qui viennent s'immobiliser sur le fonds hypothéqué, de même le droit de gage que l'art. 2092 accorde aux créanciers chirographaires s'étend à tous les immeubles principaux ou accessoires qui, par une cause quelconque, entrent dans le patrimoine de leur débiteur.

Peut-être essaiera-t-on d'une autre réponse. On dira : la raison de la différence établie, sur le point en litige, entre les créanciers chirographaires et les créanciers hypothécaires antérieurs à l'immobilisation, est bien marquée. Dans les rapports du vendeur et de l'acheteur les meubles vendus conservent la nature *de meubles* nonobstant leur destination nouvelle; or, ce qui est vrai d'un débiteur, l'est également de ses créanciers chirographaires, car ceux-ci n'ont que les droits qu'il a lui-même. Il en est différemment des créanciers hypothécaires; ceux-ci ont un droit qui leur est propre et indépendant de celui de leur débiteur; leur droit peut donc s'étendre et s'élargir, alors même que celui de leur débiteur reste dans son état primitif. Or, c'est précisément ce qui a lieu dans l'espèce. Le droit de propriété immobilière qu'a l'acheteur sur le fonds hypothéqué ne s'étend point aux meubles qu'il a placés sur le fonds, parce qu'à son égard et dans ses rapports avec le créancier qui les a vendus, l'art. 593 du Code de procédure veut que l'immobilisation qui a eu lieu soit considérée comme non avenue; mais cet art. 593 ne faisant que régler les rapports du vendeur avec l'acheteur, les créanciers hypothécaires, conformément à l'art. 2133 du Code Napoléon, conservent le bénéfice de l'immobilisation.

Cette explication n'est pas plus sérieuse que celle qui précède; ce n'est encore qu'une pétition de principe. On part, en effet, de cette idée que l'hypothèque constitue un droit indépendant pour arriver à en conclure qu'elle peut s'étendre quoique le droit de propriété du débiteur reste dans le même état. La conséquence serait juste si la règle d'où on la tire l'était elle-même; mais où la règle est-elle écrite? Je ne connais point, pour mon compte, de loi qui l'établisse. Il est bien vrai que l'hypothèque une fois constituée cesse d'être subordonnée au droit du débiteur, en ce sens qu'elle a une existence indépendante des actes juridiques postérieurs par lesquels il pourra perdre ou amoindrir son droit de propriété, de telle sorte qu'elle peut continuer d'exister et se soutenir telle qu'elle était dans le principe, quelles que soient les modifications qu'ait subi le droit de propriété dans la personne du débiteur. Mais de même que pour naître elle est subordonnée au droit de propriété de celui qui la consent, de même elle ne peut recevoir aucune extension indépendamment de ce même droit. Les extensions qui entrent dans l'hypothèque passent préalablement et nécessairement par le patrimoine du débiteur; elles ne peuvent pas ne prendre naissance qu'en elle. En un mot, elle augmente, elle s'étend quand et parce que la propriété du débiteur s'étend et s'accroît elle-même. Or, dans l'espèce, les meubles placés sur le fonds hypothéqué ne sont point, au regard du créancier qui les a vendus, entrés dans le droit immobilier de l'acheteur; on ne peut donc pas dire, car ce serait admettre un effet sans cause, qu'ils sont entrés dans l'hypothèque. Tant que le droit immobilier du débiteur reste le même, l'hypothèque lui étant subordonnée reste forcément dans le même état.

S'il en était autrement, si les meubles placés sur le fonds par le débiteur qui les a achetés étaient immobilisés dans l'intérêt des créanciers hypothécaires et à l'encontre du droit du créancier qui les a fournis, l'article 593, qui lui permet de les saisir *mobilièrement*, eût alors subordonné ce droit de saisie mobilière au cas où l'immeuble sur lequel s'est faite l'immobilisation est libre de toute hypothèque; or cette distinction, il ne l'a point faite; ses termes sont absolus; aucune limite n'est apportée au droit qu'il consacre. J'ajoute que cette limite, si on l'eût admise, eût rendu à peu près inutile la protection spéciale dont on a entouré le vendeur, car, en France et à cause des hypothèques légales qui sont si fréquentes, il y a bien peu d'immeubles qui ne soient grevés de quelque hypothèque.

2° *Distinction.* — Le privilége du vendeur est conservé à l'égard des créanciers *chirographaires* et des créanciers *hypothécaires antérieurs* à l'immobilisation; mais à l'égard des créanciers dont l'hypothèque est *postérieure* il n'existe pas, si à l'époque de l'établissement de leur hypothèque ils ont ignoré le droit du vendeur.

Je n'ai qu'à reproduire ici l'argument dont je me suis déjà servi pour écarter la prétention des créanciers hypothécaires antérieurs à l'immobilisation. Les meubles immobilisés sur le fonds conservant, dans l'intérêt du créancier qui les a vendus et pour la sûreté de sa créance, leur caractère *mobilier*, ne sont point susceptibles d'entrer dans une hypothèque qui lui soit opposable. L'immobilisation n'a eu lieu en effet que sous la condition que le prix des meubles immobilisés serait payé; dès lors l'acheteur n'a pas pu conférer à son créancier hypothécaire le bénéfice d'une immobilisation définitive et irrévocable : on ne transmet que les droits qu'on a et tels qu'on les a.

A cela que répond-on ? Deux raisons ont été produites. L'une est tirée de la bonne foi du créancier hypothécaire, l'autre des principes de publicité admis pour les priviléges établis sur des immeubles.

La première a été développée par M. Marcadé. Je le laisse parler : « Il est très-vrai, dit-il, que du vendeur à l'acheteur « l'immobilisation dont il s'agit ne nuit en rien au droit de ce « vendeur ; mais il en est autrement entre le vendeur et le tiers « qui acquiert un droit sur le meuble vendu. »

« Qui acquiert un droit sur le meuble vendu... » mais le créancier hypothécaire acquiert-il un droit d'hypothèque sur le meuble attaché à l'immeuble hypothéqué ? Là est la question, voyons comment M. Marcadé la résout.

« Il est faux, continue-t-il, qu'un tiers ne puisse avoir plus de « droit que n'en aurait l'acheteur. M. Troplong reconnaît que « *vu la possession de bonne foi sur les choses mobilières*, celui au- « quel le meuble aurait été vendu par mon acheteur serait à « l'abri de mon action en résolution (et par *à fortiori* de mon « privilége), tandis que mon acheteur, lui, s'il avait encore le « meuble, ne pourrait pas s'en garantir. Le tiers peut donc avoir « plus de droits que l'acheteur, et c'est tout simple, puisque c'est « un effet de la bonne foi de ce tiers, bonne foi dont l'acheteur « ne peut pas argumenter. Si celui auquel le meuble a été « revendu est à l'abri de l'action en résolution (et du privilége), « s'il en est de même du créancier dont ce meuble est devenu le « gage mobilier, pourquoi en serait-il autrement de celui dont il « est devenu, par son immobilisation, le gage hypothécaire ? »

Je m'étonne de la question par laquelle M. Marcadé termine sa démonstration. Pourquoi, dit-il, le créancier qui a reçu une hypothèque sur le fonds à l'occasion duquel l'immobilisation a eu lieu ne serait-il pas protégé à l'égal de celui auquel le meuble aurait été livré à titre de vente ou de gage ? mais par une excellente raison ! le créancier hypothécaire n'a point sa sûreté comme le second acheteur auquel le meuble a été livré, comme le créancier qui l'a reçu en gage, parce que lui, créancier hypothécaire, ne le possède point et que la bonne foi sans la possession est impuissante à conférer un droit qui ferait préjudice au droit d'autrui. En veut-on la preuve ? Si l'acheteur au lieu de vendre ou de *livrer* à un second acheteur le meuble affecté au privilége du premier vendeur l'a simplement vendu *sans le livrer*, le second acheteur, si irréprochable que soit sa bonne foi, n'aura point sa sécurité précisément parce qu'il ne possède point la chose qu'il a voulu acquérir complète; il ne l'acquerra que sous l'affectation du privilége auquel elle est soumise. C'est un point universellement admis. Je puis donc répondre au pourquoi de M. Marcadé par un autre pourquoi plus logique et plus conforme aux principes que le sien. Si, dirai-je, celui auquel le meuble vendu a été revendu mais non livré, c'est-à-dire qui en a acquis la propriété sans la possession, n'est pas à l'abri du privilége du premier vendeur, pourquoi en serait-il autrement du créancier dont il est devenu, par son immobilisation, le gage hypothécaire?

Quant au principe de publicité qu'on m'oppose, j'ai peine à saisir l'argument qu'on en tire.

Admettons, dira-t-on peut-être, que le vendeur ait conservé son privilége sur les meubles que l'acheteur a placés sur son fonds; ces meubles étant immobilisés, le privilége dont ils étaient l'objet se trouve ainsi immobilisé lui-même, ce qui le soumet à la formalité de l'inscription en l'absence de laquelle il reste sans effet contre les créanciers hypothécaires.

Faut-il prendre ce raisonnement au sérieux? Si les meubles dont il s'agit étaient immobilisés même à l'égard du créancier qui les a vendus, son privilége ne serait pas transformé, ainsi qu'on le dit, en un privilége immobilier, il serait éteint; car ayant vendu des *meubles*, il n'a et ne peut avoir de privilége que sur des *meubles*.

Si son privilége était soumis au régime de publicité, ce n'est pas dans l'intérêt particulier des créanciers hypothécaires postérieurs à l'immobilisation qu'à défaut d'inscription, il resterait sans effet; ce serait à l'égard de tous les créanciers sans distinction, hypothécaires ou chirographaires, antérieurs ou postérieurs à l'immobilisation.

Rétablissons la vérité. A l'égard du créancier qui les a vendus, les meubles attachés à un fonds à titre d'accessoires conservent leur nature de meubles; quant à lui et pour la sauvegarde de son intérêt, l'immobilisation n'a point lieu (art. 593, C. pr.); c'est donc sur des *meubles* qu'il conserve son privilége; or les priviléges mobiliers ne sont point soumis au régime de publicité (art. 2106).

On m'objecte que les créanciers auxquels l'acheteur a hypothéqué le fonds sur lequel se trouvent les meubles vendus ont cru acquérir une hypothèque sur le fonds tel qu'il leur a été présenté, c'est-à-dire sur le fonds muni de tous ses accessoires et qu'ainsi, en maintenant sur ces accessoires le privilége du vendeur, on les trompe dans leur attente, ce qui est contraire à toute justice. Mais en raisonnant de la sorte on ne prend pas garde qu'on refait, sous une forme, l'argument tiré de la bonne foi des créanciers. Je ne referai pas de mon côté la réponse par laquelle je l'ai combattu ; j'y renvoie le lecteur.

La bonne foi des créanciers hypothécaires n'est pas d'ailleurs aussi solide qu'on se plaît à le dire ; dans tous les cas elle n'est pas exempte de faute. Celui-là, en effet, manque de prudence qui, acceptant une hypothèque, se persuade que le fonds sur lequel on l'établit est libre de toute charge, que chacun de ses accessoires servant à son exploitation a été payé. Un créancier vigilant n'accepte jamais un gage qu'il ne se soit préalablement assuré que le bien qu'on lui offre pour sa sûreté a été entièrement payé, à supposer qu'il ait été acheté par le propriétaire avec lequel il traite ; s'il néglige cette précaution soit pour le fonds lui-même, soit pour ses accessoires, il ne peut qu'imputer à son imprudente confiance le dommage qu'il subit : *curiosus debet esse creditor* (V. le *Journal du Palais* t. XLIII, p. 710).

Quant au créancier qui a vendu les meubles placés sur le fonds hypothéqué, quelle faute a-t-il commise ? Lui reprochera-t-on d'avoir suivi la foi de l'acheteur ? Mais la loi l'y encourage par le privilége même dont elle l'investit ! Le blâmera-t-on de n'avoir pas pris d'inscription ? Mais son privilége est *mobilier* et les priviléges de cette nature ne sont soumis à aucune condition de publicité ! A quel titre donc le sacrifierait-on au créancier imprudent qui a compté sur un gage auquel il ne devait pas croire ?

3° *Distinction.* — Parmi les meubles vendus au propriétaire d'un fonds et immobilisés *par destination* sur ce fonds, ceux-là seulement restent affectés au privilége du vendeur *qui ont conservé leur caractère mobilier.*

Je tire cette distinction d'un arrêt de la Cour de cassation, du 9 juin 1847. Les termes en sont peu clairs et même contradictoires ; mais je laisse les mots pour ne voir que le fond des choses. Voici, si je l'ai bien comprise, la pensée de la Cour. Parmi les meubles devenus immeubles par *destination*, on en peut distinguer deux espèces ; les uns, en effet, étant simplement placés sur le fonds, auquel ils ne sont attachés que moralement restent dans leur nature de meubles, puisqu'ils continuent d'être *mobiles* ; ce n'est que fictivement et par une disposition de la loi, qu'ils prennent le caractère de l'immeuble dont ils sont l'accessoire : tels sont les animaux attachés à la culture, les instruments aratoires, les pigeons des colombiers... Les autres, au contraire, étant fixés au fonds par des attaches physiques, se trouvent ainsi dénaturés par leur incorporation ; ils perdent réellement leur caractère mobilier puisqu'on ne les pourrait pas transporter d'un lieu dans un autre sans fracturer le fonds auquel ils adhèrent ou sans les briser eux-mêmes : ainsi sont les chaudières, les cuves, les presses ou autres machines, lorsqu'elles adhèrent par des attaches matérielles au sol et aux murs du bâtiment dans lequel elles sont.

Suivant la Cour, le privilége du vendeur cesserait d'exister quant aux objets mobiliers qui étant immédiatement ou médiatement adhérents au sol et aux murs du bâtiment par des attaches physiques et matérielles, n'en peuvent être détachés sans détérioration soit d'eux-mêmes, soit de la partie du bâtiment à laquelle ils sont fixés.

Il serait, au contraire, conservé sur les meubles qui, étant unis au fonds par une attache purement morale, peuvent en être enlevés sans fracture ni détérioration.

Si je ne me trompe, la Cour est tombée à son insu dans une méprise ; elle a confondu les meubles immobilisés par *destination* avec les meubles devenus immeubles *par leur nature*. Mais n'anticipons point. Voyons d'abord les faits sur lesquels elle a statué.

Des machines apportées dans un moulin y sont fixées par des attaches matérielles ; le créancier qui les a vendues les ayant frappées de saisie-exécution, demande que sa saisie soit déclarée régulière et qu'il lui soit permis de procéder à la vente desdits effets. Jugement du tribunal de Troyes qui repousse sa demande. Arrêt confirmatif de la Cour royale de Paris (25 juillet 1846). La Cour de cassation acceptant ce système le motive par les raisons qui suivent, mais que je résume pour plus de brièveté.

Attendu que les objets dont il s'agit sont devenus « immeubles *par destination* » (art. 524), ce qui les a rendus susceptibles d'hypothèque (art. 2118) ;

Attendu que le privilége du vendeur d'effets mobiliers n'a lieu qu'autant qu'ils sont encore en la possession de l'acheteur (article 2102, 4°) ; que dès lors ce privilége est livré à la discrétion de ce dernier, qui peut vendre les objets qui y sont affectés, les donner, les dénaturer et leur faire subir toutes les transformations que bon lui semble sans que le vendeur ait le droit de s'en plaindre ;

Attendu qu'en permettant, par l'article 593 du Code de procédure, la saisie des objets déclarés par la loi immeubles par destination, le législateur n'a entendu *que les objets dont le caractère mobilier n'avait pas cessé par l'incorporation*, qu'ainsi il n'a pas voulu déroger aux dispositions du Code civil sur le régime hypothécaire, et donner à ce privilége aussi mobile que la chose sur laquelle il frappe la préférence sur un droit hypothécaire légalement inscrit en vertu de l'article 2118 sur un effet mobilier dénaturé par l'incorporation et devenu comme accessoire d'un immeuble susceptible d'hypothèque ;

Attendu en fait qu'il s'agit dans l'espèce d'objets mobiliers incorporés à un fonds de manière à ne pouvoir en être détachés sans détérioration ou fracture...

Si la Cour croit avoir fait une démonstration elle s'abuse; elle n'a fait qu'une pure affirmation dont la justification n'est nulle part. Elle a violenté la loi pour y introduire une distinction qu'elle ne comporte pas. Voyons les textes.

Les machines apportées dans une usine sont immobilisées sans doute, mais par *simple destination*, quoique d'ailleurs elles adhèrent à l'usine par des attaches matérielles ; c'est la disposition formelle et textuelle des articles 524 et 525 du Code Napoléon ; la Cour le reconnaît elle-même dans son premier attendu.

Aux termes de l'article 593 du Code de procédure, les meubles devenus immeubles *par destination* conservent néanmoins leur caractère *mobilier* à l'égard du créancier qui les a vendus et qui est autorisé, pour la sûreté de son droit, à les saisir *mobilièrement*.

Ainsi l'immobilisation qu'organise en principe le Code Napoléon, le Code de procédure la détruit, par exception, dans l'intérêt particulier du vendeur.

Les demandeurs disent donc : « La règle posée par le Code « Napoléon n'est pas faite pour nous ; nous sommes vendeurs « d'effets mobiliers devenus immeubles *par destination*, et selon « la disposition formelle de l'article 593 du Code de procédure, « cette immobilisation est à notre égard inexistante. »

Que répond la Cour? La loi invoquée par les demandeurs l'embarrasse, elle la supprime, ou du moins elle la mutile. Cet article 593, dit-elle, n'est point aussi général qu'il paraît l'être. L'exception qu'il introduit dans l'intérêt des vendeurs n'a trait qu'aux effets mobiliers qui, bien qu'immobilisés, conservent leur nature de meubles.

Mais la preuve de cette restriction? On la cherche vainement dans l'arrêt.

Mais la raison de cette distinction? La Cour n'en donne pas; elle a pensé sans doute qu'une affirmation faite par elle se suffisait à elle-même; mais le temps des oracles est passé.

Oui, l'acheteur a le droit d'immobiliser les meubles dont il doit encore le prix.

Oui, il les immobilise par destination quand il les attache à perpétuelle demeure à un fonds.

Oui encore, ils deviennent susceptibles d'hypothèque lorsqu'ils sont ainsi immobilisés.

Mais qu'importe tout cela au débat? La question est de savoir si ces règles qui sont si incontestées et si incontestables sont absolues ou si elles reçoivent une exception dans l'intérêt du créancier qui a vendu les effets immobilisés? Or, cette exception elle est tout aussi incontestable que la règle elle-même. L'article 593 du Code de procédure la proclame de la manière la plus formelle. Le litige se trouve donc ramené à ces termes : l'exception posée dans l'article 593 du Code de procédure est-elle absolue ou relative? S'applique-t-elle à tous les immeubles par destination ou seulement à quelques-uns? La Cour répond : *A quelques-uns*; je réplique : *A tous*; et j'ai raison sur elle puisque l'article dont il s'agit est conçu en termes généraux. Je prends la loi telle qu'elle est; la Cour en fait une à sa guise. Passe encore si elle apportait quelque motif plausible à l'appui de sa distinction! mais elle n'en donne aucun, et de fait il n'en existe pas. Si le vendeur peut saisir *mobilièrement* des animaux attachés à la culture d'un fonds, des instruments aratoires, et priver ainsi le fonds de ses accessoires essentiels, pourquoi lui serait-il défendu de procéder de même à l'égard des machines placées dans une usine? L'usine ainsi désoutillée restera, il est vrai, en souffrance, mais n'en est-il pas de même du fonds dépourvu de son cheptel et de ses instruments d'exploitation? Dira-t-on qu'on peut enlever sans rien fracturer le cheptel et les instruments aratoires, tandis que l'enlèvement des machines nécessitera des détériorations? Mais, dans la plupart des cas, ces fractures n'auront aucune importance, et il serait dérisoire de fonder sur elles une déchéance dont on ne trouve aucun indice direct ou indirect dans les termes de la loi.

II. — Lorsque les meubles dont le prix est encore dû sont devenus des immeubles *par leur nature* le privilége, du vendeur cesse-t-il alors d'exister? J'admets ici l'affirmative. Ainsi, lorsqu'un propriétaire a construit sur son fonds une maison avec des matériaux achetés et non payés, le créancier qui les a vendus n'a de privilége ni sur le bâtiment, car ce n'est pas là l'objet qu'il a vendu, ni sur les matériaux, puisqu'ils n'existent plus, même à son égard, à l'état de meubles. L'immobilisation qu'ils ont subie est, en effet, complète, absolue; elle existe *erga omnes*, c'est-à-dire tant à l'égard du créancier qui les a vendus qu'à l'égard des autres créanciers. L'article 593, qui ne veut pas que l'immobilisation des meubles vendus soit opposable au vendeur, n'a trait qu'à l'immobilisation *par destination*.

Il importe donc de distinguer sur le point en litige, comme sur bien d'autres, l'immobilisation *par nature* de l'immobilisation *par destination*. Malheureusement cette distinction est délicate et fort difficile dans l'application; mais je ne puis entrer dans aucun détail à ce sujet. Ce serait tout un travail à faire.

M. Troplong ne paraît pas avoir sur tout cela des idées bien nettes. Un serrurier ayant, avec ses fers et ses avances, fait des rampes, balcons et serrures qu'il établit lui-même dans une maison, la question se présente de savoir si les fers par lui fournis étaient ou non immobilisés, et par suite si son privilége était ou non éteint. D'après ce que j'ai dit, l'extinction du privilége est incontestable. Les objets sur lesquels il était établi ont, en effet, cessé d'exister, car ils font partie d'un immeuble auquel ils sont si essentiellement et si intimement mêlés, qu'il est vrai de dire qu'ils ne font avec lui qu'une seule et même chose, *un immeuble par nature*. Sur ce point M. Troplong hésite. La décision que je viens de rapporter lui paraît fausse, au moins dans ses résultats. « Si l'on veut *absolument*, dit-il, considérer ces fers « comme immeubles et prétendre qu'ils ne peuvent donner lieu « à un privilége sur les *meubles*, je dirai qu'au moins l'ouvrier « a fait à la maison un ouvrage qui, d'après l'article 2103 nº 4, « lui donnera sur l'immeuble un privilége jusqu'à concurrence « de la plus-value de cet immeuble. »

Ne semble-t-il point que dans sa pensée il n'est pas bien sûr que ces fers, devenus partie intégrante de la maison, soient immobilisés ; que s'il concède le contraire, c'est uniquement parce qu'il n'y voit aucun inconvénient pour l'ouvrier qui retrouvera sur l'immeuble le privilége sur les meubles par lui fournis, et qui selon nous ont cessé d'exister ? Le doute de M. Troplong, et la raison qui le détermine à passer outre, sont surprenants. Comment peut-il hésiter à reconnaître l'immobilisation des fers employés dans la construction d'une maison ? S'il me fallait prouver cette immobilisation j'aurais de la peine à l'établir tant elle est évidente. L'évidence ne se démontre pas, on l'affirme. Mais on doit être surpris que M. Troplong ait pu dire, comme si la règle qu'il annonce avait lieu dans tous les cas, que l'ouvrier qui a posé ses fers dans la maison a sur l'immeuble un privilége jusqu'à concurrence de la plus-value qu'il a produite. M. Troplong n'ignore pas cependant qu'aux termes de cet article 2103 qu'il invoque, ce privilége est subordonné à l'accomplissement de certaines formalités en l'absence desquelles la créance de l'ouvrier reste purement chirographaire.

Fr. MOURLON.

ERRATA

DE LA PRÉCÉDENTE LIVRAISON.

A l'article de M. Pont. — P. 522, au lieu de *arrêté* célèbre, lisez *arrêt* célèbre. — P. 558, lig. 17, au lieu de *commettant*, lisez *commentant*.

A l'article de M. Nicias Gaillard. — P. 586, lig. 4, supprimez les mots *ici* et *y*. — Même page, lig. 14, supprimez le mot *mais*.

EXAMEN DOCTRINAL

Des principaux arrêts rapportés par les Recueils dans les cahiers d'octobre 1853.

Par M. Coin-Delisle, avocat à la Cour impériale de Paris.

(Premier article).

SOMMAIRE.

I. *Testament; Empêchement.* Si l'empêchement de tester tombe en preuve, et s'il donne lieu à des dommages-intérêts.
II. *Partage d'ascendants. — Concours des père et mère. — Réserve d'usufruit au profit commun.*
A. Espèce exacte de l'arrêt.
B. Dans un partage d'ascendants par donation entre-vifs avec réserve d'usufruit au profit des donateurs et du survivant d'eux, acceptée par les enfants, le partage constitue toujours la donation principale.
C. Si la réserve d'usufruit au profit du survivant des époux est nulle ou retranchable, elle ne peut entraîner la nullité du partage.
D. Le partage d'ascendants a le caractère de donation, et non celui de partage de succession.
E. Quand la demande en nullité de partage est introduite par un enfant, il ne peut exciper de l'intérêt de l'ascendant survivant.
F. Si la réserve de l'usufruit entier au profit du survivant des ascendants donateurs constitue une donation frappée de la nullité prononcée par l'article 1097? Résolution négative.
G. L'art. 1097 n'établit pas une incapacité. C'est une loi réglant la forme spéciale d'un acte d'espèce déterminée.
H. Comparaison des art. 968 et 1007.
I. Si la donation entre époux, qu'on voyait dans l'acte, était directe ou indirecte.
J. Regardât-on cette sorte de donation comme directe, on ne peut nier qu'elle ne soit *qu'accessoire* et *non principale*
K. Conséquences du système de la nullité.
L. Conclusion.
III. Renvoi.

I. **Montpellier**, 22 mai 1850. — Dev. et Carette, 1853, 2, 669. — Cet arrêt, déjà ancien, mais récemment recueilli, repose sur des motifs dont la portée doctrinale est plus étendue que ne l'exigeait le dispositif; et par conséquent qu'on présentera dans la pratique comme ayant jugé un point de droit. Il faut cependant se garder de l'invoquer, car des motifs superflus n'ont jamais été un jugement : ils ne sont qu'une opinion respectable.

En fait, un sieur Saby avait institué pour sa légataire universelle une demoiselle Antoinette Ferrié, sa cousine. Le testament était du 27 juin 1846, le décès vint 33 jours après. Les neveux demandèrent la nullité du testament pour suggestion, captation et dérangement des facultés mentales du testateur. Ils firent plus : ils prétendirent que ce testateur, incapable selon eux, puisqu'ils ne lui reconnaissaient pas l'intégrité de raison, avait voulu, quelques jours après, modifier ce testament dans l'intérêt des héritiers, et que la demoiselle Ferrié l'en avait empêché ; en conséquence, ils demandèrent la nullité de cet autre chef, et subsidiairement 200,000 francs de dommages-intérêts pour remplacer les legs verbaux que le testateur leur avait voulu faire.

Des enquêtes avaient été ordonnées et dressées en première instance : il ne s'agissait plus de la question d'admissibilité des faits. La Cour, saisie du fond, a déclaré en fait, que les enquêtes *démentaient* complétement tous les faits allégués, même ceux d'empêchement de tester ; c'était bien assez pour repousser l'appel.

La Cour trouva bon d'ajouter en doctrine, « que suivant le « Code civil les dispositions testamentaires ne pouvant avoir « lieu que par actes publics ou privés dont l'efficacité est subor- « donnée à l'observation des formalités prescrites à peine de « nullité par la loi (*proposition que nul ne peut révoquer en doute*), « notre législation s'oppose par là même invinciblement à la « preuve testimoniale ou présomptive d'une volonté de tester « pour en induire, soit une action en revendication de la chose « léguée verbalement, soit une action en dommages-intérêts « équivalents. »

Il est certain que les dispositions testamentaires n'existant que par la forme testamentaire, nul ne peut avoir, en aucun cas, l'action pour revendiquer une chose verbalement léguée. La doctrine de l'arrêt est, sur ce point, inattaquable.

Mais conclure de là avec l'arrêt qu'aucune action en dommages-intérêts ne peut naître de l'empêchement de tester, c'est une doctrine trop absolue.

Aussi M. Gilbert a-t-il fait sur cet arrêt, si tardivement recueilli, une très-bonne dissertation pour établir qu'aucun texte du Code ne proscrit l'action, et pour asseoir cette action sur le texte de l'art. 1382, le plus général, le plus élastique de tous les textes.

Mais si cette doctrine est exacte, quand les tribunaux auront reconnu faute de la part de l'auteur de l'empêchement, dommage, causé par ce fait au légataire projeté, et l'étendue du dommage, elle n'en sera pas moins dangereuse ; car, où s'arrêtera le pouvoir des tribunaux ?

Notre Code n'a nulle part reproduit la doctrine des Pandectes au tit. VI. du liv. XXIX, *si quis aliquem testari prohibuerit vel coëgerit*. Pourquoi ce silence? Est-ce pour proscrire l'action ? J'en doute. Le mobile du législateur me paraît avoir été seulement de n'écrire point un texte exprès, qui eût servi de fondement à des procès hasardeux.

C'est la même crainte qui a empêché le législateur d'écrire aucun texte sur les actions *ab irato*, en suggestion ou en captation. Car, il y a des indignations justes, des suggestions permises, des captations qui ne sont pas défendues. L'adoption des idées d'autrui, tant qu'elle n'est l'œuvre ni de la violence, ni de la fraude et du dol de celui qui en profite, est une opération de notre jugement, et produit en nous un acte purement volontaire.

S'il n'y a de suggestion et de captation susceptibles de faire annuler un testament, que celles qui ont été assez artificieuses et assez coupables pour substituer une volonté contraire à celle qu'aurait nécessairement exprimée le testateur si les manœuvres n'avaient pas eu lieu, l'action pour empêchement de tester doit se réduire dans des limites aussi resserrées que l'action en captation.

Donc, il ne faut pas confondre avec l'empêchement de tester, les efforts que fera l'héritier légitime pour détourner son parent du projet de faire un testament, ni les prières et les instances du légataire institué pour fléchir une volonté contraire au testament dont il profite. Le droit romain en a des textes formels : « On ne peut, a dit Papinien, l. III, *dicto titulo*, incriminer la conduite du mari, qui, institué héritier de sa femme, sera parvenu sans fraude ni violence à la détourner de faire un codicille, en apaisant par ses discours affectueux le ressentiment d'une offense dont elle se sentait blessée. *Virum qui non per vim nec dolum, quominus uxor, contra eum mutatâ voluntate, codicillos faceret, intercesserat, sed (ut fieri adsolet) offensam ægræ mulieris maritali sermone placaverat, in crimen non incidisse.* »

J'estime en second lieu qu'il n'y a guère que les empêchements physiques à la volonté de tester qui puissent tomber en preuve, tels que le renvoi contre la volonté du testateur, du notaire et des témoins qu'il aura mandés (l. I, et II), ou tout autre fait qui aurait été propre à enlever frauduleusement au testateur les moyens légaux de constater sa volonté. En vain invoque-t-on l'opinion de Pothier, dans ses Pandectes, sur ce titre. Après avoir rappelé la loi 1re qui prononce l'indignité contre l'héritier légitime ou testamentaire pour avoir empêché l'introduction du scribe testamentaire, cet auteur ajoute au nombre suivant : *Sed et si alio modo prohibuerit* : or, on veut entendre cet *alio modo* de toute espèce d'obstacle. Je réponds que Pothier ne peut donner une telle étendue à sa pensée, puisque la loi 2e qu'il cite ensuite parle du fait d'empêcher méchamment les témoins de se réunir; et que la règle, par lui posée, se borne à dire que le refus d'admettre l'écrivain n'est pas l'unique moyen d'empêchement.

Ainsi, en admettant l'action, concluons qu'elle n'est admissible que pour les empêchements physiques apportés à la confection du testament nouveau.

Ajoutons qu'il faut encore : 1° que ces empêchements aient été apportés malicieusement et avec la volonté de nuire ; 2° qu'ils aillent presque jusqu'au délit ; 3° qu'il soit bien prouvé que le testateur n'avait pas d'autres moyens de tester que ceux qu'on lui aura ôtés ; par exemple, s'il est en état d'écrire, l'absence d'un notaire ne l'empêche pas de faire un testament olographe ; 4° enfin, il faut, selon nous, que l'empêchement soit tel, qu'il ait duré jusqu'au décès : car, si l'on trouve un jour de liberté dans l'intervalle, ce ne sera plus l'empêchement précédent qui aura empêché le testateur de changer son testament antérieur, ce sera sa propre volonté qui lui aura défendu de révoquer un testament dont il se contente... Dès qu'il y a un temps quelconque de liberté intermédiaire, on ne peut plus dire du prétendu empêchement, *per hoc, defecta est facultas testamenti faciendi;* et par conséquent, l'allégation ne peut plus tomber en preuve.

Avec ces restrictions, on peut admettre la doctrine de M. Gilbert ; mais aussi avec ces restrictions l'action hasardeuse qu'il reconnaît aura toujours bien peu de chances de succès.

II. Amiens, 10 *nov.* 1853. — Dev. et Car., 53, 2, 690. — Pal., t. 1er de 1854, p. 53. — Cet arrêt est important. On me permettra d'en retracer l'espèce, qui sera plus exactement connue ici que dans les Recueils où l'arrêt n'est point précédé des faits. Je les connais parce que j'ai été appelé à délibérer une consultation sur cette affaire. L'arrêt est contraire à mes résolutions; je doute encore, malgré l'autorité.

A. *Digeon* et sa femme, propriétaires à Amiens, « voulant, « dit un acte notarié du 21 septembre 1851, user de la faculté « accordée par les art. 1075 et 1076 du Code civil, de faire le « partage et la distribution de leurs biens entre leurs enfants, » ont fait donation entre-vifs et irrévocable, en la meilleure forme que donation puisse se faire et valoir à titre de démission de biens et partage anticipé, à leurs cinq enfants, *Isidore*, *Florent*, *Stéphanie*, femme *Froidure*, et les enfants de la femme *Lejeune*, décédée, TELS BIENS, désignés audit acte, les uns provenant des *propres* du père, les autres des *propres* de la mère, les troisièmes *communs* au père et à la mère comme acquêts de communauté. Tous les biens y sont estimés, et si cette estimation, qui n'a en rien été attaquée, est exacte, chaque enfant recevait avec égalité sa part totale, puisqu'on tenait compte des dots antérieures, et que ceux qui recevaient moins des propres paternels ou maternels trouvaient leur compensation, soit en d'autres propres, soit en biens de communauté, dont les dots rapportées en moins prenant faisaient partie. Au nombre des charges et conditions de cette donation se lisait celle-ci : « LES DONATEURS (M. et madame Digeon père et mère) *se réservent* la jouissance des biens donnés PENDANT LEUR VIE ET CELLE DU SURVIVANT D'EUX !

C'est de cette clause qu'est né le procès.

M. Lejeune, comme tuteur de ses enfants, a demandé la nullité du partage, par ces deux raisons, 1° que l'acte du 21 septembre 1851 était nul, comme renfermant, pour première charge et condition, la réserve et jouissance des biens donnés *au profit*, non-seulement *des donateurs*, mais encore au profit *du survivant d'eux ;* qu'il était prohibé entre époux de se faire une donation mutuelle ou réciproque par un seul et même acte, suivant l'article 1097 du Code Napoléon, que cette nullité entraînait la nullité du tout, parce que, sans cette réserve d'usufruit prohibée par la loi au profit du survivant agissant dans le même acte, le partage anticipé n'aurait pas eu lieu, du moins de la part de l'un des donateurs.

Quant à la mère, madame Digeon, et aux quatre enfants majeurs, ils répondaient : l'une, que n'ayant pas une fortune égale à celle de son mari, elle pouvait effectivement trouver dans cet arrangement de famille un usufruit de plus de moitié des biens de son mari ; mais elle connaissait le droit qu'avaient ses enfants de réduire cet usufruit à la moitié des biens du défunt ; les quatre enfants majeurs, qu'ils comprenaient la réduction de l'usufruit accordé à leur mère par le contrat, mais qu'en défendant la validité de l'acte, ils renonçaient implicitement à la lui demander, voulant tous se donner la satisfaction de laisser à leur vieille mère un peu plus d'aisance viagère que la loi ne l'ordonnait ; qu'ils ne s'opposaient pas à ce que leur beau-frère ne réduisît l'usufruit excessif accordé à la veuve dans la mesure des droits de ses mineurs.

J'estimais que, dans ces termes, le partage d'ascendants devait subsister, sauf la réduction de l'usufruit, conformément à l'article 1094, dans le seul intérêt de l'enfant qui contestait.

Néanmoins, un jugement du 21 mai 1853 a déclaré nulle et de nul effet, la donation réciproque d'usufruit du 21 décembre 1851, ensemble le partage anticipé dont elle était la condition.

Les motifs principaux sont que, pour n'en pas porter le nom, la charge imposée aux donataires, de laisser jouir le survivant des donateurs de l'usufruit des biens du donateur prédécédé, n'en est pas moins une donation ;

Que cette donation étant faite par chacun des époux donateurs à l'autre à charge de réciprocité, est bien la donation mutuelle et réciproque prohibée par l'art. 1097 du Code ;

Que cette donation faisant partie intégrante du partage anticipé, a influé sur cet acte principal, lequel n'aurait pas été fait, si les époux n'y eussent pas vu l'expectative de jouir des biens du prédécédé d'entre eux : que l'acte principal est donc nul.

Et le 10 novembre 1853, arrêt confirmatif.

Quelques réflexions démontreront que la doctrine de cet arrêt, qui témoigne d'un grand respect pour la loi, est allée au delà de la loi.

B. D'abord en supposant à regret, mais hypothétiquement, que la charge imposée aux enfants donataires constituât une donation prohibée par l'art. 1097, il n'en sera pas moins vrai que le partage d'ascendant est dans l'espèce l'acte principal.

Ce partage d'ascendant est fait *à titre de donation* entre-vifs irrévocable, en la meilleure forme que donation puisse se faire : il est donc une donation entre-vifs.

Reconnaissons bien que le partage entre-vifs fait par des ascendants n'est pas un acte onéreux : c'est un contrat de bienfaisance ; c'est une vraie donation : les parents doivent leur succession à leurs enfants ; j'accorde cette proposition, en la restreignant dans les limites du droit ; ils la leur doivent à la mort ; pas avant. Jamais, ni le droit naturel, ni le droit civil n'auraient dû les regarder *comme débiteurs* quand ils gratifiaient leurs enfants, même *per anticipationem successionis*. Il y a tout un monde moral entre remplir un devoir de famille, et payer une dette comme débiteur.

C. Dès que le partage entre-vifs est une donation, pourquoi donc annuler ce partage, par l'unique raison qu'il serait fait sous la condition d'un usufruit trop étendu pour l'un des donateurs (le survivant d'eux) ? Parce que cet usufruit nuit à la réserve légale des enfants !... L'inconvénient existe en effet... Quelle est la nature de cet inconvénient ? C'est de violer une loi d'ordre public, car les lois de réserve, comme les lois de successions, sont d'ordre public (sauf aux parties à en répudier l'application dans la mesure de leur droit privé, après l'ouverture de la succession). Si la condition imposée aux enfants, donataires principaux, de laisser le survivant des donateurs jouir de l'usufruit entier des biens de l'auteur est contraire à l'ordre public, la condition *sera réputée non écrite* suivant l'art. 900 du Code Napoléon ; par conséquent tout ce qui entamera la portion d'usufruit réservée aux enfants, relativement à l'époux survivant, sera retranchable : là, se bornera le droit des enfants.

Ce n'est pas non plus parce que cette disposition d'usufruit aurait porté sur la succession future du prémourant des donateurs, que le partage d'ascendant aurait pu être annulé. Car, le même principe de l'art. 900 aurait encore réputé la condition comme non écrite, et laissé subsister la disposition principale.

Toute clause ou condition contraire à une loi positive ou négative, qui se rencontrerait dans une donation entre-vifs, portât-elle sur une renonciation à une réserve légale, sur un pacte à succession future, sur les effets de la puissance paternelle, etc., etc., laisserait subsister le contrat de donation dans toute sa force, parce que la condition *serait effacée* par la toute-puissance de la loi.

D'ailleurs, la condition qui réserve l'usufruit à deux personnes dès l'instant du contrat n'est pas un pacte à succession future; c'est une retenue sur les biens donnés, pendant un temps à déterminer par la durée de la vie du dernier mourant, dont la jouissance exclusive ne commencera qu'au moment où la mort de son co-usufruitier le mettra dans l'impuissance de partager la jouissance : le second ne jouira du tout que par une sorte de droit de non-décroissement; il n'y a pas là d'ordre successif.

Un des arguments proposés en faveur de cette annulation de la donation principale, était que, sans cette réserve réciproque d'usufruit, le survivant des donateurs n'aurait pas consenti au partage de ses biens personnels. Ce raisonnement me paraît irrégulier sous un double rapport.

D. 1° Le partage d'ascendants est une *donation,* quand il est fait par un acte entre-vifs.

Il ne faut pas se tromper aux mots de l'art. 1076 : « Ces par-« tages pourront être faits par actes entre-vifs ou testamentaires, « avec les formalités, conditions et règles prescrites pour les « donations entre-vifs et les testaments, » et conclure de cet article, que les *partages et distributions* de biens sont assujettis aux règles des donations et des testaments, et sont cependant autre chose au fond que donations ou testaments.

Ce serait une erreur, et c'est cette erreur qui fait naître tant de difficultés sur une matière qu'on ne peut assez simplifier, car on ne peut trop respecter le jugement du père de famille sur ce qui convient à ses enfants. Aujourd'hui, avec cette préoccupation qui ne veut voir dans ces actes sacrés qu'un partage de succession, on réprouverait le *Testament* si sagement *expliqué par Ésope*, et si ingénument exposé par *La Fontaine.*

Mais tel n'est pas l'esprit du Code.

Si les partages d'ascendants devaient être soumis aux règles générales des partages de succession, c'est au titre *Des Successions*, que la loi les aurait placés : c'est évident.

Au contraire, le législateur fait une loi séparée « *des donations entre-vifs et des testaments.* »

Il déclare dans les *Dispositions générales* de ce titre spécial qu'il n'y a plus que deux manières de disposer de ses biens *à titre gratuit*, par donation entre-vifs ou par testament.

Il abolit entièrement toute autre manière de disposer; cette abolition est si radicale que l'*institution contractuelle* elle-même devient par la force de la loi donation entre-vifs.

Au chap. VII du même titre, il traite *des partages faits par père, mère ou autres ascendants*; et permet de les faire par actes entre-vifs ou testamentaires.

Par acte entre-vifs, *distribution et partage* des biens présents;

Par acte testamentaire, *distribution et partage* des biens à laisser au décès.

Est-ce que ce n'est pas là avoir dit implicitement, que toutes les fois que les parents auront adopté l'acte entre-vifs, l'acte serait une donation entre-vifs, soumise à toutes les règles de forme et de fond de ce genre d'acte gratuit, et que, de quelque manière que les biens aient été distribués, pourvu qu'il en résultât un partage n'offrant aucune des causes de nullité résultant des lois sur les donations et des art. 1076 à 1080, l'acte serait inattaquable ?

Ceci posé, que fait donc aux enfants une réserve excessive d'usufruit, contre laquelle ils ont l'action en retranchement, s'ils en veulent profiter? Rien, absolument rien; le partage doit demeurer ce qu'il est, sauf le règlement entre eux des effets de cet usufruit pendant sa durée, suivant la composition particulière des lots. C'est là l'affaire du notaire liquidateur.

Comment d'ailleurs le survivant des donateurs pourrait-il s'affranchir des effets de l'art. 900 du Code Napoléon, sous prétexte qu'il n'aurait pas consenti au partage de ses propres biens, s'il avait su qu'il n'avait pas droit à l'usufruit entier des biens de son conjoint prédécédé ? Dès qu'il est donateur, dès qu'il a fait un acte de donation, c'était à lui d'examiner si la condition ou la charge était conforme à la loi; il connaissait la limite tracée par l'art. 1094; il savait qu'au delà de cette limite la charge était illégale; il savait qu'elle serait réputée non écrite. Donc, son intérêt particulier ne devait faire annuler ni la donation faite par lui ni la donation faite par son conjoint.

E. 2° Le raisonnement est irrégulier sous un second rapport, et ce rapport est particulier à l'espèce. La mère plaidait conjointement avec les quatre enfants majeurs qui consentaient à ce que leur mère jouît de l'usufruit total. Comment donc le cinquième enfant, auquel personne ne contestait son droit de faire réduire pour sa part l'usufruit trop étendu de sa mère, pouvait-il invoquer le droit de celle-ci? C'était exciper du droit d'autrui, et sous ce rapport, il semble qu'il n'aurait pas dû être écouté.

F. Passons maintenant à une autre question.

Est-il bien vrai que la réserve d'usufruit, *au profit des donateurs et du survivant d'eux*, constitue une donation mutuelle et réciproque des donateurs entre eux *frappée de nullité par l'article* 1097?

Supposons qu'il y ait donation (et je conviens que dans l'espèce il y a avantage indirect mais fait franchement, ouvertement et d'une manière patente, d'un époux à l'autre), dans l'attribution de l'usufruit des biens du prédécédé au survivant; accordons que l'avantage indirect soit ici mutuel et réciproque : s'ensuit-il que l'art. 1097 étende la nullité qu'il prononce, au cas où la libéralité mutuelle et réciproque entre époux se trouve l'*accessoire* d'une donation principale faite à d'autres personnes?

Je pense que non. Selon moi, l'art. 1097 ne peut s'entendre que des donations que les époux se font mutuellement et réciproquement l'un à l'autre, *directè et principaliter*; — on ne peut pas étendre ses effets, même entre époux, au cas où l'acte principal est passé avec un tiers et où l'avantage mutuel n'est que la condition *accessoire* de cette donation principale.

G. En effet, l'art. 1097 n'établit pas une incapacité : il ne fonde pas un statut personnel. C'est un article de pure forme qui régit seulement les donations principales, directes et formelles que les époux se font entre eux.

C'est un article constitutif de la forme des actes, comme l'article 968 qui prohibe les testaments faits par plusieurs personnes dans le même acte. Certes, l'art. 968 n'est ni une loi de capacité ni un statut personnel : il ne régit que la forme : aussi figure-t-il, au Code Napoléon, dans la section intitulée : *De la Forme des Testaments*; aussi, les testaments conjonctifs, au profit des tiers ou ceux qui contenaient des libéralités mutuelles entre époux, valablement faits suivant les usages des lieux avant la réunion d'un pays à la France, ont dû être exécutés quand l'un des testateurs est décédé depuis cette réunion. C'est non-seulement l'opinion de Chabot (de l'Allier), mais la décision d'un arrêt de Turin, S. 10. 2. 46; d'un arrêt de Liége du 28 mars 1809, S. 1819. 2, 330; *Pal.*, t. II, de 1815, p. 255; et d'un autre arrêt de la même Cour, du 19 novembre 1811, qui se trouve au Recueil alphabétique de M. Dalloz aîné, t. V, p. 619.

H. Si la défense de faire des testaments conjonctifs n'est pas une loi de capacité, mais une loi réglementaire de la forme, il est évident que la prohibition portée par l'art. 1097 des donations mutuelles et réciproques entre époux, par un seul et même acte, est aussi une loi réglementaire de la forme de cette espèce de donations et ne touche pas à la capacité.

Il ne se trouve pas placé, dit-on, sous la rubrique *de la forme des donations*, comme l'art. 968 se trouve compris sous celle *de la forme des testaments !...*

Cela est vrai : en voici la raison.

La défense de faire des testaments mutuels *est générale* et sans exception. Il était méthodique de la placer dès le commencement des règles *sur la forme des testaments.*

La défense de se faire des donations mutuelles par un seul et même acte est *particulière* aux époux pendant le mariage. Elle n'est qu'une exception au droit commun, car il est loisible à tous de faire des donations conjonctives; il est loisible à tous de faire des donations mutuelles et réciproques par un seul et même acte : c'est même le seul moyen d'en assurer la réciprocité.

De là, il a suivi que l'art. 1097 n'aurait pu entrer dans la section *de la forme des donations* qu'à titre d'exception; mais cette section (*Ch.* IV, *sect.* 1re, *art.* 931 *et suiv.*) ne s'occupe que des donations en général, et le législateur a relegué aux chapitres VIII et IX les donations par contrat de mariage et les donations entre époux. Le législateur ne pouvait pas, dès le chap. IV, parler des donations individuelles, conjonctives, mutuelles, réciproques, ni en déclarer la validité par un texte exprès, car elles sont une suite naturelle de la liberté de tous d'agir ensemble ou séparément; elles sont permises dès qu'elles ne sont pas défendues. L'exception n'a donc pu être formulée dès le chap. IV, puisque le chap. IV était dispensé d'écrire le principe général. Donc, force a été au législateur de placer dans le chap. IX l'exception qui prive de la forme mutuelle les donations entre époux pendant le mariage.

Aussi les chap. VIII et IX ont-ils beaucoup d'articles qui ne règlent que la forme des donations. Tels sont les art. 1081, § 1, 1087, 1092, 1093, 1095; tel est aussi l'art. 1097; il ne peut être que régulateur de la forme, puisqu'il prive les époux entre eux d'une forme permise de droit commun.

Ainsi, par ces mots *ne pourront....*, le législateur n'a pas affecté la capacité des personnes, il a seulement prohibé une forme spéciale pour les donations principales entre époux.

Je dis « pour les donations *principales*, » car, puisqu'il est certain que les lois sur la forme du chap. IV ne concernent que les donations *principales*, *directes et formelles*, il faut en conclure que l'art. 1097, qui statue sur la forme des donations entre époux, ne concerne ces donations qu'en tant qu'elles sont *principales*, *directes et formelles*.

Maintenant, s'il est vrai que les libéralités indirectes et accessoires faites par une stipulation au profit d'un tiers n'ont besoin ni de l'acte notarié prescrit par l'art. 931, ni de l'acceptation solennelle prescrite par l'art. 932, parce que ces libéralités subsistent sans avoir besoin des formes prescrites par le chap. IV pour donner l'être aux donations principales, il sera évident que la libéralité qui, dans l'espèce, pouvait résulter au profit de madame Digeon de la stipulation d'usufruit n'étant pas une donation apposée par son mari à une donation principale faite à ses enfants, devra subsister malgré l'absence des formes de l'art. 1097, comme subsisterait toute libéralité faite à un tiers par stipulation dans un autre acte, nonobstant l'absence des formes prescrites par les art. 931 et 932.

Or, il est de principe que, quand une libéralité se trouve faite, *non pas principalement*, mais *accessoirement* à un autre acte, tel qu'une autre donation principale ou tout autre contrat, même onéreux, dont elle est la clause ou la condition, elle ne peut être soumise aux formes imposées aux *actes de donation* par le titre *Des Donations ;* l'essentiel est que l'acte *principal* dont elle dépend soit parfait dans sa forme : l'*accessoire* en prendra son être. Quant à la libéralité, en supposant qu'elle existe, elle sera valable, parce qu'il n'y a pas de loi qui assujettisse les libéralités indirectes ou accessoires aux formes des contrats principaux de donation ; mais elles seront assujetties aux lois du fond, et la libéralité sera nulle, si elle est faite à un incapable de recevoir ; elle sera réductible si elle excède les réserves.

Le Code Napoléon le dit dans un texte positif, qui suppose le principe. L'art. 1973 au titre *des Contrats aléatoires* dit : « La « rente viagère peut être constituée au profit d'un tiers, quoique « le prix en soit fourni par une autre personne. Dans ce dernier « cas, quoiqu'elle ait le caractère d'une libéralité, elle n'est point « assujettie aux formes requises pour les donations, sauf les cas « de réduction (si elle excède ce dont il est permis de disposer) et « de nullité (si elle est au profit d'une personne incapable de re« cevoir). »

Donc, dans l'espèce où tout se réduisait à la stipulation que le père avait faite, que, s'il prédécédait, ses enfants laisseraient jouir leur mère de l'usufruit des biens qu'il leur donnait, distribuait et partageait, il n'y avait pas autre chose qu'une DONATION INDIRECTE ET ACCESSOIRE au profit du survivant ; par conséquent dispensée des formes des donations, par conséquent valable, sauf réduction.

I. Or, il paraît (si j'en juge par une note de M. Frenoy, correspondant de MM. Devilleneuve et Carette) qu'on aurait nié dans les plaidoieries que la donation fût *indirecte*. « La donation, y est« il dit, est tout à fait *directe*. L'usufruit réservé jusqu'au décès « du survivant n'a jamais appartenu aux enfants, puisqu'on leur « a donné ces biens, moins cet usufruit ; il est resté réservé aux « père et mère ; et c'est *directement* de l'un à l'autre que ce dé« membrement de la propriété a passé au survivant. »

M. Frenoy se trompe en bons termes. Un acte ne peut pas avoir deux objets principaux. Toutes les fois qu'une donation est la condition d'un autre acte principal, elle est donation *indirecte* et *accessoire*, exemptée de la forme des donations. Exemple : Je vends une maison 100,000 fr. à mon frère, sous la condition stipulée de moi que le premier terme de 10,000 fr. sera par lui payé à son fils, auquel j'en fais donation. Personne ne doute que ce ne soit là une donation *indirecte*, valable quoique dans un acte sous seing privé, par exception à l'art. 931. Supposons que le fils soit présent à l'acte ; qu'il l'écrive même sous la dictée de son oncle, et qu'incontinent il y constate et ses remercîments et son intention de profiter de la libéralité, est-ce que la donation deviendrait pour cela une donation *principale et directe ?* Pas du tout : elle restera toujours donation *indirecte et accessoire*, quoique faite en présence du donataire : elle sera donc, malgré la présence de celui-ci, donation dispensée de toutes les formes des donations, parce qu'elle est une condition d'une vente valable sous seing privé.

Il en est de même quand deux époux distribuent leurs biens à leurs enfants ; c'est là l'acte principal ; le reste est une condition stipulée des donataires, dispensée des formes requises pour les donations.

L'acte contenait, en effet, les mots « se réservent la jouissance des biens donnés pendant leur vie et celle du survivant. » —Mais M. Frenoy, qui connaît la valeur des mots, pense-t-il qu'on puisse se réserver et retenir ce qu'on n'a plus? Que le donateur retienne l'usufruit pendant sa vie, soit ; mais qu'il le retienne après sa mort, et pendant la survie du co-donateur...... Est-ce possible ? Non. Chacun des donateurs a donc stipulé des enfants donataires, qu'ils laisseraient le survivant jouir de l'usufruit entier des biens du prédécédé, malgré la réunion qui s'opère de droit de l'usufruit à la nue propriété au décès de l'usufruitier : c'est donc par l'effet de la stipulation imposée aux donataires, et non par l'effet d'une réserve, ni par l'effet d'une donation directe entre époux que le survivant jouira des biens de l'autre.

J. Au surplus, l'argument tiré de l'opposition du mot *direct* au mot *indirect* ne répond pas du tout à la proposition « que les lois « sur la forme des donations ne sont applicables qu'aux dona- « tions *principales*, *directes et formelles*, et non aux donations « *accessoires, indirectes ou implicites.* » Toutes les fois qu'une donation se trouve être la condition ou la charge d'une autre, elle n'est que donation *accessoire.*

K. Où nous conduira-t-on avec le système contraire ?

M. Frenoy nous l'apprend : on multipliera les actes. Les parents feront leur partage avec stipulation de réserve d'usufruit jusqu'au décès du survivant des deux donateurs. Puis, aussitôt on fera deux actes séparés par chacun desquels un époux fera à l'autre donation de l'usufruit qu'il s'est réservé.

D'autres voudront que les donations d'un époux à l'autre précèdent la donation de partage anticipé, où les enfants se soumettront à respecter les donations entre époux qui y seront énoncées.

D'autres voudront que les partages anticipés ne soient pas collectifs, et après avoir fait faire deux donations séparées entre les époux, dresseront un partage des biens du mari à la charge de respecter l'usufruit donné à la femme; puis, un second partage des biens de la femme, à la charge de respecter l'usufruit donné au mari.

Or, si la jurisprudence nous conduit là, on multiplie les frais; on rend impossibles beaucoup de partages dans les familles des petits cultivateurs; on morcelle les terres sans pitié, là où le partage en bloc de deux petites fortunes éviterait ces morcellements.

L. S'il faut expliquer nos lois civiles avec une sévérité qui n'en altère pas les principes conservateurs, il faut aussi les entendre dans un esprit de simplicité et de bonne foi qui n'en fasse pas un piége tendu aux familles et aux tiers.

Depuis la publication du Code (environ cinquante ans), la plupart des familles de cultivateurs ont été réglées par des partages d'ascendants, et presque toujours les père et mère, donateurs simultanés, s'y réservent une rente viagère ou l'usufruit pour eux et le survivant. Tout ce qui en est résulté jusqu'à présent, c'est la réduction de l'usufruit quand l'un des enfants après le décès du prémourant des donateurs a signalé et démontré dans l'usufruit un excès contre la réserve légale. On a toujours respecté la substance de la donation, et le jugement paternel dans la distribution des biens. On a toujours senti que les père et mère étaient les meilleurs juges de cette distribution; qu'aucune loi ne leur défendait d'agir collectivement dans la donation; qu'au contraire l'art. 1076 se prêtait merveilleusement par ses termes à ce concours simultané des donateurs, qui permet de conserver en morceaux utiles des terres qu'on serait souvent forcé de vendre.

III. J'éprouve le regret d'avoir arrêté trop longtemps, sur une seule question, les lecteurs de la *Revue*. La portion des recueils qu'il m'a été donné d'examiner contient encore plusieurs arrêts dignes de remarques et de réflexions utiles. Je renvoie à la prochaine livraison la suite de cet examen des arrêts compris dans les cahiers d'octobre 1853. Au surplus, il n'est pas inutile que ces coupures arrivent quelquefois : il y a des cahiers plus féconds que d'autres en observations; et, d'un autre côté, les arrêtistes ne donnant que onze cahiers de travaux complets par année, et un de tables, nos examens se trouveraient dans une période donnée si rapprochés de la publication des arrêts, que nous n'aurions pas le loisir de les mûrir dans l'intérêt de la *science du Droit*.

COIN-DELISLE.

ESSAI PHILOSOPHIQUE

SUR LES PRINCIPES FONDAMENTAUX DU DROIT NATUREL ENVISAGÉ COMME SCIENCE SPÉCIALE.

Par M. Rigaut, juge de paix du canton de Wissembourg.

(Suite [1]).

CHAPITRE III. — DES PRINCIPES FONDAMENTAUX DU DROIT NATUREL.

SECTION I. — Premières données philosophiques.

Les solutions les plus divergentes ont été présentées quand on s'est appliqué à poser les fondements, les principes de la science du droit naturel, à déterminer son objet et son but. Souvent à ce sujet, dans le cours des recherches auxquelles de profonds penseurs se sont livrés, les notions premières ont été faussées ou tout au moins altérées de différentes façons. La phraséologie de la science du droit naturel est généralement embrouillée dans les écrits qui s'en occupent. Pour arriver à des idées exactes sur cette science, et, par suite, à des dénominations claires et précises, il faut d'abord que l'on ait déterminé quelle partie de la conduite humaine le droit naturel embrasse spécialement. Je puis à cet égard m'en référer aux considérations que j'ai développées dans le dernier chapitre du précédent article.

La science du droit naturel a particulièrement pour objet l'étude des règles de conduite humaine extérieure. Il faut qu'elle retrace l'esprit, la substance, les caractères essentiels de ces règles; il faut surtout qu'elle appelle énergiquement l'humanité à la reconnaissance d'un droit absolu auquel la nature de notre être nous fait aspirer par de sublimes tendances. De là nécessité d'analyser avec soin les principales relations des hommes avec les hommes et de considérer attentivement les situations variées que ces relations embrassent. Avant tout il est indispensable que l'on ait une intelligence claire de la psychologie morale de l'homme, c'est-à-dire que l'on ait apprécié l'action des mobiles qui, d'après les éléments de notre nature, contribuent à produire nos résolutions. Dans cette dernière direction d'études, la philosophie n'aboutit qu'à éclairer ce que chacun avec le simple bon sens est à même de discerner d'une manière plus ou moins nette. Aussi n'est-ce pas là le seul prolégomène à la science du droit naturel. Jamais on ne parviendra à résoudre d'une manière satisfaisante les hautes questions relatives à la nature de l'homme, si on ne les fait reposer sur les sublimes aspirations des facultés de l'âme. L'humanité en cherchant à comprendre toutes les choses qui sont de ce monde, à connaître les causes des erreurs pour s'en garantir, les subtilités des sophismes pour les combattre, accomplit une de ses vocations qui est d'éclairer son intelligence; mais dans cet immense travail, il convient que l'âme apparaisse avec tous ses attributs, avec le sentiment et l'amour du *beau*, du *bon*, du *vrai* et de *l'infini* [1]. Fort du résultat de ces recherches et de cette direction d'études, on peut facilement repousser la fin de non-recevoir opposée par de nombreux systèmes à la science du droit naturel et qui consiste à prétendre qu'il n'y a rien d'obligatoire pour l'homme, que partant il n'y a pas de règles, pas de lois de conduite à chercher.

---

[1] Voyez, t. III, p. 866.

Quand on veut arriver à la connaissance des principes fondamentaux du droit naturel, il faut se placer de manière à avoir en quelque sorte un point de vue universel et permanent. Dans l'histoire approfondie, les faits extérieurs ne sont pour ainsi dire que l'écorce de l'arbre de la science sociale. La vie des gouvernements et des nationalités est une vie compliquée, multiple, diverse, où il y a des secrets à surprendre, des mobiles à analyser et à apprécier, un comment et un pourquoi à discerner et à constater. Sans doute elle présente le triste tableau de beaucoup de déceptions, de beaucoup d'erreurs, de bien des barbaries, de bien des injustices; mais, en l'étudiant attentivement, on y remarque aussi en tous lieux l'influence bienfaisante des idées pures du beau, du juste et du vrai. C'est ainsi qu'éclairé par un jour complet on découvre ce que j'appellerai la *conscience du droit*. C'est ainsi qu'on parvient à se soustraire aux immorales théories du succès et de la vérité locale. Oui, disons-le hautement, en matière de relations internationales, d'institutions politiques ou civiles, il y a des vérités incontestables, des espèces de dogmes qui servent à déterminer la limite des droits et des devoirs sociaux, à assurer l'empire de la justice et à asseoir la souveraineté sur sa véritable base.

---

[1] Xénophon, dans les *Entretiens mémorables de Socrate*, exprime la même pensée disant que ceux qui n'exercent point leur âme sont incapables des belles œuvres de l'âme. — Ils sentent leur néant sans le connaître, dit Pascal.

Les droits et les devoirs naturels de l'homme ne peuvent se déduire que de sa nature essentielle. Ils ne sauraient consister que dans l'exercice de la vie conformément à la nature de son être et à sa vocation ici-bas. Quelle est la nature de l'homme ? Quelle est sa destinée ? Voilà les problèmes capitaux. Il est impossible de développer avec exactitude les principes du droit naturel, si ces importantes questions n'ont pas été résolues préalablement.

Connais-toi toi-même, disaient les sages de la Grèce, et depuis près de deux mille ans, les moralistes et les médecins ont répété la célèbre inscription du temple de Delphes sans que la plupart des hommes aient pensé à acquérir cette connaissance, si intéressante et surtout si nécessaire. Serait-ce parce que cette étude est entourée de difficultés insurmontables, dont le terme, semblable à l'horizon, paraît toujours s'éloigner à mesure que l'on s'efforce d'en approcher davantage? Alors Pascal aurait eu raison de s'écrier : « Quelle chimère est-ce donc que l'homme ! quelle « nouveauté ! quelle chose ! quel sujet de contradiction ! » Mais non ; on l'a vainement prétendu et c'est vainement que des esprits aveugles le soutiennent encore ; notre nature n'est pas pour l'humanité une énigme dont elle n'a eu et n'aura jamais le mot. Non, je le répète, le genre humain ne se trouve point placé dans une condition aussi désespérante.

Pour tous les philosophes de bonne foi l'homme est une intelligence *unie* à des organes, un animal doué de la raison.

Pour le philosophe chrétien, c'est une intelligence déchue luttant ici-bas contre des organes. « Qu'est-ce que l'homme ? se « demande l'éloquent évêque de Meaux dans un de ses chefs-« d'œuvre ? Est-ce un prodige? est-ce un assemblage mons-« trueux de choses incompatibles ? est-ce une énigme inexpli-

« cable? ou bien n'est-ce pas plutôt, si je puis parler de la sorte, un « reste de lui-même, une ombre de ce qu'il était dans son origine, « un édifice ruiné, qui, dans ses masures renversées, conserve « encore quelque chose de la beauté et de la grandeur de sa « première forme? Il est tombé en ruine par sa volonté dépra« vée ; le comble s'est abattu sur le fondement : mais qu'on re« mue ces ruines, on trouvera dans les restes de ce bâtiment ren« versé, et les traces des fondations et l'idée du premier dessin « et les marques de l'architecte. »

La lutte presque continuelle entre les organes et l'intelligence, entre la chair et l'esprit, c'est l'épreuve que l'on appelle la vie.

« La vie est un combat dont la palme est aux cieux. » (C. Delavigne.)

Pour soutenir ce combat l'homme possède la sensibilité, l'intelligence et la liberté, facultés précieuses qui l'avertissent de ses besoins, lui en font calculer l'importance et le poussent à recourir aux moyens propres à les contenir ou à les satisfaire. Le besoin sollicite l'homme, la raison l'éclaire et le retient. On peut sans doute, en thèse générale, comme le fait remarquer l'auteur de la *Médecine des passions*, dire que tous nos besoins, animaux, sociaux, intellectuels, sont intrinsèquement bons, par cela même que Dieu nous les a donnés ; mais ils ne restent tels qu'autant que nous nous bornons à en faire un bon usage et que nous parvenons à les gouverner ; autrement ils ne doivent plus être considérés que comme des *passions ;* le besoin séparé du devoir conduit toujours au mal. Aussi peut-on définir les passions : des *besoins déréglés* non moins nuisibles à l'individu qu'à la société et qui renversent la hiérarchie divine établie entre l'âme et le corps. Il y a donc nécessité de recourir à des moyens propres à prévenir, à réprimer les suites funestes des passions.

Nous l'avons déjà dit précédemment et nous ne pouvons trop insister sur ce point : l'humanité à mesure qu'elle progresse a davantage conscience de la nature et de la destination de son être. C'est donc le développement physique, intellectuel et moral du genre humain qu'il faut énergiquement activer par de sages et féconds enseignements.

« Tout semble attester en nous l'existence d'une double na« ture ; l'influence des sens et celle de l'âme se partagent notre

« être[1]. » L'esprit et la matière, l'âme et le corps, sont les deux éléments, les deux substances de notre nature complexe. Leur point de contact ne saurait exactement être saisi ni par le microscope, ni par le scalpel, et néanmoins leur intime communication, nous la croyons incontestable[2]. Leur union consiste dans une espèce de concert ou de rapport mutuel entre les pensées de l'un et les mouvements de l'autre. Comment s'opère cette union de la matière et de l'esprit? Mystère impénétrable dont Dieu s'est réservé le secret !

L'âme et le corps!... Cette grande dualité de l'être humain a été vainement attaquée, niée même çà et là par le septicisme au profit de la dépravation publique; car, pour peu qu'on pénètre dans l'intimité de la conscience du siècle, il est imposible de n'en pas découvrir l'aveu. Les deux puissances se combattent dès qu'elles se rencontrent et cette lutte est la preuve de notre liberté morale.

On ne peut scinder les deux substances de notre être, sans décomposer l'homme tel que nous le voyons ici-bas, sans changer sa destinée en ce monde. Entretenir une réaction réciproque et harmonique entre les deux principes de notre nature (le physique et le moral, l'intellectuel et le spirituel), tel est le but vers lequel doivent se diriger tous les efforts des amis de l'humanité. Cette vérité est aussi vieille que le monde, elle perce à travers tous les faits de la nature humaine, elle domine chacun des événements de l'histoire des sociétés.

L'homme a flotté sans cesse entre les éléments de sa nature complexe. Tantôt ses pensées le dégageaient de ses sensations; tantôt ses sensations absorbaient ses pensées, et successivement il voulait tout rapporter aux uns ou aux autres. Il est cependant indubitable que toutes nos idées ont leur source dans le centre de notre être; elles sont pour ainsi dire le produit de l'action vitale de notre double nature. Si l'on mêle à la signification du mot *idée* un développement acquis par l'expérience, on a raison de prétendre qu'il n'y a rien d'inné dans nos âmes; car conçues de cette manière, les idées sont le résultat des objets qui les excitent, des comparaisons qui les rassemblent, et du langage qui en facilite la combinaison. Mais il n'en est pas de même, ce me semble, des sentiments, des dispositions, des facultés qui constituent les lois de l'entendement humain. Ces sentiments, ces dispositions, ces facultés n'ont-ils pas des principes intimes, innés dans la nature de notre être? Quand on se préoccupe de ces considérations, la grande question de la subjectivité et de l'objectivité des idées humaines se trouve dégagée des entraves dont tant de philosophes ont entouré sa solution[1]. Schiller dans *les Paroles de la foi* prescrit aux hommes de conserver toujours dans leur esprit trois idées qui, dit-il, n'y sont pas venues des objets extérieurs et auxquelles sont attachés le bonheur et la dignité du genre humain: *Dieu*, *la vertu*, et *le libre arbitre*. Aussi considère-t-il le sentiment du devoir comme une des sources du raisonnement de l'homme et non comme une conséquence de ce raisonnement. Il est vrai que les circonstances, les objets extérieurs, influent puissamment sur la manière dont nous interprétons nos devoirs. « *Nous sommes autant le produit de notre atmo-* « *sphère physique et morale que de notre constitution primitive.* » L'impulsion des mobiles intéressés de nos déterminations, et, par suite, la diversité des mœurs, des habitudes, des croyances contribuent incessamment à séparer les individus aussi bien que les peuples. Mais par contre les idées pures de justice et de moralité rattachent les hommes les uns aux autres par des liens providentiels. Elles concourent à constituer dans le monde la grande famille humaine. Grâce à leur action puissante, les hommes ont d'un commun assentiment adopté certains principes qu'ils ont toujours respectés. Il est en effet hors de doute qu'un assez grand nombre de prescriptions morales sont généralement demeurées invariables dans le cours du développement de l'humanité.

---

[1] Madame de Staël, *de l'Allemagne.* — « Après les satisfactions de la terre, « l'homme rêve les satisfactions du ciel. Il y a donc en lui autre chose que la « matière ; une infinité qui aspire à l'éternité. » (Aimé Martin, *de l'Education des mères de famille*; liv. II, chap. XXVI.)

[2] « Nous croyons qu'il y a des faits qui ne sont point visibles à l'œil, « point tangibles à la main, qui échappent également au goût, à l'odorat et « à l'ouïe et qui cependant sont susceptibles d'être constatés avec une absolue « certitude. » (Th. Jouffroy, *Préface des Esquisses de Philosophie morale.*)— Au nombre de ces faits se trouve certainement l'union intime de notre âme avec notre corps.

---

[1] On a vu des êtres chez lesquels l'entendement s'est développé absolument d'après le même mode que chez les individus pourvus de tous leurs sens, êtres possédant bien complets tous les éléments de la raison humaine quoiqu'ils fussent privés d'un, de deux et même de trois *ordres entiers de sensations* (sourds-muets, aveugles, sans odorat). Or, comment cela se pourrait-il si l'intelligence n'était qu'un simple produit des acquisitions des sens? Comment l'instrument serait-il devenu identique quand les agents qui servent à le former sont si divers? N'est-on pas invinciblement amené, en méditant de pareils faits, à établir une distinction profonde entre le principe pensant et la substance sur laquelle il s'exerce et qui lui est fournie par les sens?

Voyez à ce sujet le *Mémoire* de M. Dufau, présenté en 1846 à l'Académie des sciences morales et politiques sur l'éducation faite par le docteur Howe, directeur de l'Institut des aveugles de Boston.

Voyez aussi les *Considérations philosophiques et physiologiques sur l'entendement humain*, par Richerand, 10e édit. t. II, p. 405 et suivantes.

Plus l'homme se connaîtra lui-même, plus il approfondira les besoins de son être, les conditions de son développement vital. A force d'examiner ses blessures, il invoquera le remède qui seul peut les guérir, ou les soulager. Ce remède se trouve dans la connaissance et l'application des lois morales de notre nature, lois qu'aucune puissance humaine n'est capable de changer. Le caractère invariable de ces lois, c'est la convenance universelle; se les proposer pour modèles, c'est vouloir participer, autant que nous le pouvons, à la sagesse divine. Les lois humaines ne sont vraiment bonnes qu'autant qu'elles y adhèrent. « *Pour vé-* « *rifier l'ordre de la nature*, disait Bernardin de Saint-Pierre [1], « *il suffit de s'en écarter.* » Il n'y a de vrai en ce monde que ce que Dieu dit à tous les hommes, et il ne parle à tous les hommes que dans ses œuvres où on lit en caractères ineffaçables ces trois mots : *Pouvoir*, *Prévoyance*, *Bonté*.

Avec les lumières de la raison, avec la conscience et toutes les autres facultés de notre âme, étudions autant que possible la nature entière ; cherchons à découvrir et à apprécier les rapports qui s'établissent entre elle et nous, nous arriverons par cette voie à la détermination du *Bien* et du *Juste* dont l'idée pure prend naissance dans notre âme même.

L'Être suprême a placé dans l'œuvre de la création des principes invariables d'ordre, de justice et d'harmonie. Il en est ainsi même pour les lois physiques de la création. La sagesse divine a donné à chacune de ces lois un côté moral que les facultés de notre âme peuvent seules observer et bien comprendre. Telles sont, par exemple : la loi d'amour; celle qui partage et qui règle les attributs des sexes; celle qui constate qu'aucun objet de la nature ne renferme en soi-même la cause première de son existence; celle qui fait voir le travail, non comme un moyen d'atteindre au bien-être corporel, mais comme une *nécessité* pour tous les êtres animés et principalement comme une règle de conduite pour le perfectionnement de l'espèce humaine, pour la vie des familles, pour le maintien et la prospérité des sociétés; celle qui justifie la vie et la mort des êtres animés, etc., etc.

---

[1] *Études de la nature*, 8e étude.

Si, quittant le point de vue moral des lois physiques de la création, nous cherchons à arriver à la connaissance des conditions du développement de l'humanité dans ce monde, un imposant tableau se déroule devant nous. A travers les temps et les lieux, le mouvement vital de l'humanité laisse distinguer certains principes incontestables qu'on peut avec raison considérer pour la nature humaine, comme autant de lois morales qui rayonnent réciproquement de l'homme à l'univers et de l'univers à l'homme.

Le sentiment de la Divinité, la sociabilité du genre humain et sa perfectibilité dominent le cours des siècles passés. Arrêtons pendant quelque temps nos regards sur chacun de ces trois points culminants de l'histoire générale auxquels se rattachent les plus hautes idées de justice et de moralité.

§ 1. Du sentiment de la Divinité.

De toute part l'univers montre à l'humanité les lois qui le régissent. Il sert aussi à remonter jusqu'à Dieu qui a placé son temple dans l'âme humaine. Et en effet nous ne voyons Dieu hors de nous que parce qu'il se révèle en nous. *Le Créateur a, comme un grand peintre, gravé son nom sur le tableau de notre âme.* En venant à la vie, l'homme n'a pas perdu Dieu, il l'a trouvé. Si son intelligence à elle seule ne le place qu'à la tête des animaux, toutes les facultés de son âme le reportent vers le ciel. Le sentiment moral, le sentiment du beau, le sentiment de l'infini, la conscience, la raison sont pour lui autant d'armes pour résister à ses penchants vicieux, autant de stimulants pour le porter à allumer le flambeau de la vérité au foyer des lumières divines.

« Nul homme (ce sont les saisissantes expressions d'un auteur
« contemporain), nul homme ne s'en est tenu au monde extérieur
« tel qu'il est, et tous se sont senti au fond du cœur, dans une

« époque quelconque de leur vie, un indéfinissable attrait pour « quelque chose de surnaturel..... Une seule voix, sans parole, « mais non pas sans harmonie; sans force, mais irrésistible, « proclame un Dieu au fond de notre cœur[1]. »

La détermination plus ou moins précise des règles de notre conduite à l'égard de Dieu, dépend non-seulement de l'idée plus ou moins exacte que l'on s'est faite de la nature de l'homme et de sa destination; elle découle encore des notions plus ou moins épurées que l'on a adoptées sur Dieu même et par suite sur les liens qui nous rattachent à lui. Mais passons sur tous ces points demétaphysique et de théologie.

Il y aurait une longue histoire à faire au sujet des différentes manières dont l'humanité a successivement conçu et pratiqué le sentiment religieux[2]. Je me bornerai à cet égard à une remarque : c'est qu'en séparant l'idée de Dieu des cultes qui peuvent l'avilir, on la retrouve pure chez tout le genre humain. Le sentiment religieux en vivifiant les cœurs protége l'action du corps social; plus ce sentiment se trouve épuré, plus il favorise la marche de la civilisation[3]. Aussi suis-je assez porté à croire que la vie des nationalités dépend en grande partie de leurs dogmes religieux.

Pour tout homme de sens, Dieu, l'Être infini existe, mais il ne faut pas demander comment, puisque sa nature même est d'exister. Aussi l'athéisme a-t-il été combattu par tous les esprits sérieux; et en effet être athée c'est méconnaître la nature de notre être, c'est lui ôter toutes les facultés qui élèvent l'homme à Dieu. L'athéisme, c'est l'arme de l'envie, de l'ambition, du fanatisme, de la cupidité; l'esprit de paradoxe s'en est quelquefois emparé, et le cynisme s'est réjoui d'y trouver une occasion d'avilir la nature humaine. Tout athée professe le scepticisme; pour lui il n'y a pas de dignité dans la vie, pas d'espérances après la mort[4].

Si l'on veut admettre l'ordre universel il faut reconnaître un

---

[1] *De l'Allemagne*, par madame de Staël, 3e partie, chap. II.

[2] C'est ce qu'on a souvent essayé de faire. Dupuis et Benjamin Constant ont fait des recherches à ce sujet.

[3] Le sentiment religieux est plus répandu qu'on ne le pense; c'est en vain que de prétendus esprits forts cherchent à le nier ou à le cacher. Ceux-là ne sont que des êtres timides qui craignent la raillerie des sceptiques; mais la raillerie, en sapant la croyance, ne détruit pas le besoin de croire.

[4] « Si Dieu n'existe pas, disait J. J. Rousseau, il n'y a que le méchant qui raisonne. »

Être suprême, créateur de l'univers, et conclure que tout ici-bas s'opère par sa volonté ou sa permission.

Les courtes considérations que je viens de présenter suffisent pour faire comprendre toute l'importance du sentiment religieux dans la nature humaine, tous les avantages qui découlent de ses progrès dans la voie de la vérité. J'aurai plus tard occasion d'exprimer mon opinion sur les libertés de conscience et des cultes. Quelques réflexions maintenant sur la sociabilité du genre humain.

§ II. De la sociabilité du genre humain.

La divine Sagesse a donné à tous les êtres de la création des caractères qui tendent à faire connaître la fin absolue de ces êtres. Il y a une liaison étroite entre la destinée d'un être et sa nature. Ce sont les diversités de nature qui assignent aux différents êtres de la création des destinations distinctes. Le sentiment de sociabilité, en d'autres termes l'amour de l'humanité, l'instinct de l'association, de la vie commune, est une des conditions auxquelles la destinée du genre humain se trouve soumise en ce monde. Dieu l'a voulu ainsi, et il nous a donné notre faiblesse et nos besoins, notre pensée communicable et une intelligence perfectible, un cœur aimant et une sensibilité sympathique, des vues morales et les moyens de les réaliser. La providence divine en privant quelques personnes des facultés données à d'autres, en partageant inégalement entre les hommes les qualités, les talents, l'état de santé et de maladie, nous a réciproquement placés dans une certaine sujétion. Si les êtres humains avaient été affranchis de toute dépendance les uns à l'égard des autres il n'y aurait pas eu de société possible. Vivre en société, constituer des corps sociaux est non-seulement un des penchants les plus vifs de l'espèce humaine, c'est aussi un de ses besoins les plus impérieux. Ainsi tout pousse l'homme à la vie sociale; l'état sauvage n'est pas l'état naturel de l'homme, mais bien l'état contre sa nature; et que ferait-il dans l'état sauvage du don de la perfectibilité qu'il possède à l'exclusion de tous les autres êtres? Le divin créateur, après avoir gratifié l'humanité d'un aussi beau privilége, n'a certainement pas voulu qu'elle s'interdise d'en user, et ce qui le prouve péremptoirement c'est que, depuis l'origine des temps, l'humanité a parcouru sur la route du progrès, tant matériel qu'intellectuel, un trajet immense et que le but de sa course terrestre ne se laisse pas même encore entrevoir. Aussi de nos jours est-on peu touché des éloquents paradoxes de J. J. Rousseau sur ce qu'il lui a plu d'appeler, de concert avec quelques autres philosophes, *l'état de nature*. L'histoire de l'humanité proteste amplement contre une telle fiction. Si quelques individus de l'espèce humaine, éparpillés sur tous les points du globe, ont été trouvés vivant dans un état d'isolement, ce n'est que de loin en loin et par l'effet d'un concours de circonstances très-extraordinaires.

L'homme n'est pas le seul parmi les êtres sensibles qu'une impulsion irrésistible entraîne à la vie commune. L'histoire naturelle présente aussi de nombreux exemples d'agrégation d'animaux. Mais que de différences entre les sociétés humaines et les associations des animaux ! C'est à peine si l'œuvre commune de ces derniers mérite le nom de travail; jamais leur œuvre ne change, elle n'offre ni variété ni progrès. Pourquoi ces produits, ces faits toujours identiques à eux-mêmes; pourquoi? Parce que chez les animaux il n'y a pas de libre arbitre, pas de spontanéité; parce que Dieu a doté l'humanité de priviléges qu'elle possède seule ici-bas, priviléges qui constatent la grandeur de l'homme, sa personnalité, son mérite et sa responsabilité.

La sociabilité de l'espèce humaine peut n'être considérée en définitive que comme un fait; mais à ce fait général et permanent dans le cours des siècles se rattachent tout naturellement les idées du bien et du juste, avec la mission de déterminer les rapports de cette situation imposée à l'humanité entière. Jamais les idées fondamentales du droit ne pourront être complétement mises en contradiction avec la loi de sociabilité du genre humain. Il ne dépend pas de l'homme de réformer ce qui n'est pas son ouvrage. Mais ce qu'il peut toujours, ce qui est pour tous un devoir absolu, c'est de respecter dans chaque homme l'humanité entière, de ne jamais mettre en oubli le lien naturel de fraternité qui nous unit.

Nous venons de voir que la vie commune est d'institution divine pour le genre humain. En est-il de même de la *forme*, de l'*organisation* des corps sociaux ? A-t-elle été imposée à l'humanité par Dieu même, comme les rapports de l'homme à l'homme en qualité d'individu de la même espèce, comme les différentes relations créées par les liens de famille entre les membres qui la composent? La négative me paraît hors de doute. Pour peu que l'on consulte l'histoire on acquerra la certitude que les peuples se sont développés tout en passant successivement par diverses formes de gouvernement. C'est que la nature de l'homme peut se prêter à la démocratie la plus large comme à la monarchie pure.

Et en effet, n'avons-nous pas vu la monarchie jouer un rôle glorieux et utile? La royauté ne nous apparaît-elle pas souvent entourée des services rendus par elle aux idées de justice, de sécurité, de liberté? N'est-ce pas elle qui créa l'unité de notre belle France et qui devint le symbole de la nationalité, le principe vivant de l'ordre et du progrès? N'avons-nous pas eu les règnes de Saint-Louis, de Henri IV, de Louis XIV, de Napoléon?

Puis d'autre part, la république des États-Unis ne nous montre-t-elle pas plus de trois quarts de siècle de grandeur, de prospérité, de garanties individuelles? Il est donc aussi des peuples qui peuvent progresser sous un gouvernement démocratique. Mais en général les conditions essentielles que demande cette forme de gouvernement sont bien rares à rencontrer. C'est que, pour qu'une république ait des chances de durée, il faut trouver chez les citoyens un grand désintéressement, une grande simplicité de mœurs, le respect absolu de la loi, une obéissance, un patriotisme à toute épreuve. Jean Jacques Rousseau, dans son *Contrat social,* après avoir examiné les conditions nécessaires à l'établissement d'une république, s'écrie : « S'il y avait un peuple de «Dieux, il se gouvernerait démocratiquement; un gouvernement « si parfait ne convient pas à des hommes. » Je suis loin d'approuver cette opinion, qui cependant est assez souvent exacte; car une république modèle est une forme de gouvernement extrêmement difficile à maintenir longtemps dans les conditions qu'elle doit avoir. Les principes sur lesquels peut reposer un système démocratique régulier s'écroulent aisément et alors ils font place aux agitations incessantes et aux crimes qui en sont la suite. « Il ne faut pas beaucoup de probité pour qu'un gou« vernement monarchique se maintienne ou se soutienne, dit « Montesquieu. La force des lois, le bras du prince, règlent ou « contiennent tout. Mais dans un État populaire, il faut un ressort « de plus, qui est LA VERTU [1].

---

[1] M. le président Troplong, dans le rapport fait au Sénat le 6 novembre 1852, examinant quelle est la forme de gouvernement qui convient le mieux à la

Je l'ai dit, la nature de l'homme se prête aux différentes formes de gouvernement; que l'on compare, par exemple, l'auguste institution de la royauté à l'*ordre social même*, elle n'apparaît que comme un moyen, comme un instrument pour donner de l'essor aux grands principes sur lesquels doit reposer toute société. Le despotisme et l'anarchie seuls ne concordent pas avec la destinée humaine; aussi quand ils parviennent à s'établir ils se maintiennent peu, ce sont de trop grands fléaux pour que Dieu permette jamais qu'ils aient quelque durée.

On ne peut se dispenser dans le sein de chaque société d'un pouvoir qui règle les rapports réciproques des citoyens du même État, les relations des citoyens à l'État et de l'État aux citoyens. Il faut aussi que l'autorité chargée de représenter le corps social puisse déterminer ses relations avec les autres peuples. Cependant il n'est pas moins vrai de dire que le pouvoir d'organiser la société n'a été confié à personne d'une manière absolue, exclusive. Un tel pouvoir doit être attribué, déféré par la volonté sociale, exprimée formellement ou tacitement. Chaque nation puise en elle-même la liberté de créer ou de modifier la forme de son gouvernement. Mais, hâtons-nous de le dire, un changement politique ne se justifie que par la défense urgente des principes les plus sacrés sur lesquels il importe que toute société soit établie, aucune autorité ne pouvant y porter atteinte sans déchirer son propre titre. Jusqu'où la compétence sociale s'étend-elle? Quand y a-t-il lésion de droits inviolables et quels sont ces droits? Ces questions ont été et seront suivant toutes les apparences l'objet d'éternels débats. Je ne les discuterai point ici; et je me bornerai à rappeler qu'elles ont occasionné des luttes violentes où tour à tour ont triomphé les gouvernements

---

France, s'exprime ainsi: « La monarchie est le gouvernement des grands « États, auxquels conviennent à merveille les institutions faites pour la « durée, comme il faut à un vaste édifice les plus solides fondements. La « république, au contraire, n'est que le gouvernement des petits États. Si « l'on met à part les États-Unis d'Amérique, qui, par leur position géogra- « phique, font exception à toutes les règles, et qui d'ailleurs ne sont qu'une « fédération, la république n'a jamais pu s'implanter que chez les petits « peuples, où les embarras de ce gouvernement, difficile et compliqué, ont « été corrigés par le peu d'étendue du territoire et de la population. Rome « ancienne, au lieu de contredire cette règle, la confirme pleinement. La « république n'était que dans la ville, et pour la ville. Au dehors, il n'y avait « que des maîtres avides et des sujets opprimés. »

établis et les partisans de la résistance. Presque toujours les vainqueurs ont abusé de leur victoire.

Si dans un sens général il faut tout rapporter à Dieu, créateur de l'espèce humaine et par conséquent source première de nos droits et de nos devoirs ; dans un sens restreint chaque institution humaine est ici-bas le produit de l'un ou de l'autre des mobiles de notre nature. « Les gouvernements, comme l'a très-bien dit « M. de Lamartine, ne tombent pas du ciel tout faits..... En réalité ils ne sont que des instruments dans les mains de la nation « au service des idées ou des intérêts que chaque nation ou chaque époque a pour mission de faire triompher dans le monde. » C'est dans l'intelligence profonde de la nature de l'homme, dans la reconnaissance de ses besoins physiques, intellectuels et moraux que les gouvernements doivent chercher la force nécessaire pour maintenir chaque nation à la hauteur de sa mission sociale. Ils s'étaient montrés indifférents ou froids à la cause des idées et des besoins de leur époque les gouvernements qui ont été attaqués avec tant d'énergie et qui ont subi de si violentes déchéances. Chaque État doit se préoccuper avec sollicitude de l'esprit public, des nobles tendances de la nature humaine; il y puisera la force nécessaire pour entreprendre et accomplir les deux grandes œuvres sociales : la justice et l'amélioration progressive.

Les considérations que je viens de présenter servent à conclure qu'aucune révélation directe n'est intervenue pour régler *les détails du droit social,* et que Dieu a laissé ce travail à l'homme. Cette conclusion me paraît logique et conforme à la nature des choses ; mais à condition, toutefois, qu'elle ne soit pas défigurée, ou altérée jusque dans son essence.

Toutes les règles du droit social de chaque État ne dépendent pas uniquement de la forme particulière de cet État, elles reposent sur le droit naturel. Il existe un droit social naturel et absolu, basé sur des principes communs à toutes les formes possibles des corps sociaux. Ce droit social naturel se subdivise, comme tout droit social positif, en droit public et en droit privé. On ne peut clairement en déterminer les règles qu'autant que deux points importants se trouvent préalablement dégagés et résolus, savoir : 1° la destination, le but de toute société, 2° les conditions indispensables à son maintien et à sa prospérité. Mon intention n'est pas d'éviter l'examen de ces deux grandes questions de droit qui du reste sont à décider sans que l'on se préocupe des questions *d'art* portant sur la meilleure forme à donner à l'État et sur celle des meilleurs moyens de procurer à la société *le bien-être matériel*[1]. Mais avant de passer à l'examen des hautes questions de droit pur que je viens de mettre en relief, je crois devoir dire quelques mots sur la perfectibilité du genre humain que j'ai présentée comme une des principales lois morales dont l'influence ne peut-être méconnue, quand on parcourt l'histoire du développement de l'humanité.

§ III. De la perfectibilité du genre humain.

Le genre humain, malgré les suggestions des mobiles qui le détournent parfois de la voie légitime, et qui l'empêchent toujours d'atteindre ici-bas la perfection véritable, marche cependant vers un but qui est l'accomplissement d'une pensée de Dieu. Il n'est point stationnaire. Durant chaque siècle, ses richesses intellectuelles et morales s'accroissent et sa haute vocation devient plus éclatante. « Les siècles qui se succèdent les uns les autres, « en se transmettant, comme un héritage qu'ils ont accru, les « trésors de l'expérience et d'une sagesse presque toujours pé- « niblement acquise, concourent à faire éclore, selon l'ordre « providentiel, tous les germes de vie et de progrès que recèle « dans son sein le vaste organisme de l'humanité[2]. » Goëthe a fait au sujet de la perfectibilité de l'esprit humain une remarque pleine de sagacité : « Il avance toujours, a-t-il dit, mais en ligne « spirale. » Cette comparaison est d'autant plus exacte qu'à beaucoup d'époques l'esprit humain semble reculer ; mais bientôt on le voit s'avancer de nouveau et gagner quelques degrés de plus. Si l'humanité devait toujours être ce qu'elle a été, la liberté personnelle serait une contradiction dans la nature humaine. Aussi la loi de perfectibilité a-t-elle été reconnue par les plus grands esprits des temps anciens et modernes. A cette loi se réfèrent plusieurs autres lois de notre nature. Je n'entreprendrai pas de les formuler toutes. Voici les plus importantes d'entre elles.

1° L'homme par les facultés de son âme incline constamment vers ce qu'il y a de plus beau. Dans les contrées les plus barbares, les sauvages, étonnés par le beau, l'admirent sans le comprendre.

---

[1] Les deux questions d'art que je viens de citer font l'objet de la *politique* et de l'*économie politique*.

[2] C. Cuvier, *Introduction à l'Étude de l'histoire générale*, p. 7.

2° La vérité morale réside pour l'humanité dans ce qu'il y a en même temps de plus beau, de meilleur et de plus aimable,

3° Les hommes doivent être complets, et ils ne sont tout ce qu'ils peuvent être, ils ne produisent tout ce qu'ils peuvent produire, que dans l'état de liberté. Partout où ils sont dégradés il y a violation de la Vérité et de la Justice, il y a crime de lèze-humanité.

L'infériorité des facultés intellectuelles du nègre, fût-elle prouvée et invincible, ne détruirait pas leur qualité d'hommes: elle n'a jamais pu justifier leur esclavage. Cet état contre nature et son origine, cet abus de la force et de l'injustice ont été flétris par M. de Lamennais, dans une allégorie pleine d'amertume et qui ne manque pas de vérité: « Il y eut autrefois, dit-il, un homme « méchant et maudit du ciel. Et cet homme était fort, et il haïs- « sait le travail, de sorte qu'il se dit : Comment ferai-je? Si je « ne travaille point je mourrai ; et le travail m'est insupportable. « Alors il lui entra une pensée dans le cœur. Il s'en alla de nuit, « et saisit quelques-uns de ses frères pendant qu'ils dormaient « et les chargea de chaînes. Car, disait-il, je les forcerai, avec « des verges et le fouet, à travailler pour moi, et je mangerai le « fruit de leur travail. Et il fit ce qu'il avait pensé, et d'autres, « voyant cela, en firent autant, et il n'y eut plus de frères, il y « eut des *maîtres* et des *esclaves*. »

L'esclavage déshonore le travail, énerve les forces de l'intelligence et endort l'activité humaine ; aussi la sainte cause de son abolition a-t-elle provoqué de sublimes dévouements. Dans les deux pays qui portent le plus haut le sentiment de la dignité humaine, en Angleterre et en France, la cause de l'émancipation des esclaves a été soumise aux discussions les plus longues, les plus sérieuses, les plus solennelles.

Enfin le 1er août 1838, le soleil, en se levant sur les Antilles anglaises, n'y trouva plus un seul esclave.

Dix ans plus tard, le 3 mai 1848, l'Assemblée nationale française décréta l'abolition de l'esclavage dans ses colonies et mit ainsi notre législation en harmonie avec les progrès de la morale et de la civilisation.

Aujourd'hui l'esclavage est complétement aboli dans toutes les possessions britanniques et françaises ; et les dates du 1er août 1838 et du 3 mai 1848 resteront mémorables dans l'histoire de l'humanité [1].

Il est de la nature de l'homme d'être libre afin qu'il puisse mettre au jour tout ce qu'il est capable de produire et réaliser en ce monde sa haute vocation, son complet développement. La liberté civile des peuples est le premier pas du genre humain dans la route du progrès, c'est-à-dire la première condition de tous les autres progrès. « Oter toute liberté à la volonté humaine, « c'est ôter toute moralité à ses actions, » a dit avec raison J. J. Rousseau. Cependant, il importe de le remarquer, la liberté humaine, sous quelque forme qu'elle puisse se présenter, demande pour le bien de tous à être circonscrite dans de certaines limites. La seule base solide du bonheur des États, comme des individus, c'est la liberté dans la vertu. Afin de respecter les lois du divin créateur, il ne faut ni rejeter ses dons, ni en abuser.

La perfectibilité du genre humain ne peut être contestée par les esprits sérieux. En étudiant les institutions humaines rappelées par l'histoire générale, on acquiert la conviction que tous les événements principaux tendent au même but, la civilisation universelle. L'humanité marche et marche toujours progressivement ; la loi de la nature l'entraîne vers la conquête de la vérité. Parfois cette marche se ralentit, parfois il y a des moments de crise humanitaire ; mais généralement parlant le mouvement s'accélère chez tous les peuples. Il règne en ce moment un incessant progrès dans les idées. S'il nous fallait constater ce fait immense et plein d'espoir pour l'avenir, nous n'examinerions pas si les temps modernes ont vu naître de plus puissants génies que les temps anciens ; nous ne chercherions pas à savoir si les peuples d'Europe, d'Asie, d'Afrique, si les Égyptiens, les Grecs et tant d'autres nations ont rétrogradé en fait de connaissances politiques, commerciales, littéraires, artistiques; mais nous tiendrions particulièrement à cœur de nous assurer si, en général, dans tous les pays du monde, le genre humain a réalisé des améliorations et si la condition sociale a progressé avec le temps dans des voies civilisatrices. Sous ce point de vue, je ne crains pas de l'affirmer, la cause du progrès général serait gagnée.

---

[1] La question de l'abolition de l'esclavage a été savamment traitée par les auteurs les plus recommandables ; on consultera avec intérêt les écrits suivants : *De l'esclavage, de son origine et de ses résultats chez les peuples anciens et modernes*, dans la *Revue britannique*, décembre 1835. — J. Le Chevalier, *Documents sur les résultats de l'abolition de l'esclavage dans les colonies anglaises*. — De Gasparin, *Esclavage et traite*. — Dufau, *De l'abolition graduelle de l'esclavage dans les colonies européennes*. — *Recueil des procès-verbaux de la commission nommée à l'effet de donner son avis sur les questions relatives à l'esclavage et à la constitution politique des colonies.*

Dans cette première section du chapitre IIIe, j'ai appelé l'attention de mes lecteurs sur ce que je considère comme les premières données de la science du droit naturel; car les faits qui ne cessent de se reproduire sont une véritable manifestation de la nature des choses. Je vais maintenant, dans le calme de la pensée, dans le silence des passions et des préjugés, rechercher quels sont les problèmes sociaux que la science du droit naturel est appelée à résoudre en présence des faits et des lois générales de la nature humaine. Ma faiblesse, mon impuissance ne me retiennent pas. Sans doute je serai peu attachant; mais bien certainement je serai vrai.

RIGAUT.

PARTAGE D'ASCENDANT. — LICITATION IMPLICITE. — NULLITÉ.

Dissertation par M. DUBERNET DE BOSCQ, conseiller à la Cour impériale d'Agen.

Y a-t-il nullité dans un partage d'ascendant qui attribue à l'un des enfants l'entier patrimoine en nature et aux autres des valeurs en argent, lorsque ce patrimoine n'est pas commodément partageable en nature ?

On serait vraiment tenté de croire que cette partie du Droit est marquée au coin de la fatalité! Certes, de tout temps, il a été bien reconnu que le légitimaire, aujourd'hui appelé réservataire, pouvait exiger sa part en nature; qu'on ne pouvait grever cette part ni de *charge*, ni de *condition*, ni de *délai;* que dès lors elle ne pouvait être réduite en argent, même par disposition de l'ascendant dont elle procédait; qu'enfin on ne pouvait d'avance, c'est-à-dire avant le décès de l'auteur de l'hérédité, faire à ce sujet aucune renonciation. — Mais, de tout temps aussi, il en a été de ces règles comme de toutes : depuis les hautes exceptions qui, au nom de l'intérêt public, ont fait fléchir le droit de propriété jusqu'à celles qui ne touchent qu'aux rapports mutuels des familles et des individus, il y a toujours eu quelque concession à faire. « Il ne faut pas, avait-il été dit quant aux légataires, *ruiner* « *les biens en les morcelant* (L. 26 et 27, § *de Leg.*, 1°). Il ne « le faut pas davantage, fut-il dit plus tard, pour les légitimaires « eux-mêmes (L. 55, § *Fam. ercisc. et passìm*). » Bien plus : c'est précisément au sujet de ceux-ci que fut rappelée une vérité d'expérience, qui alors était déjà ancienne, à savoir : que, pour leurs droits comme pour ceux de tous, le principe d'égalité, mis en jeu hors de propos, sans mesure, est une arme à deux tranchants : « *multi tanquàm corrumpendi totius patrimonii occasione captatâ,* UNIUSCUJUSQUE REI PARTICULAM SIBI VINDICANDO, *adeò totas dilacerant facultates, ut dùm participibus relictarum opum nocere cupiunt,* SUA QUOQUE JURA PRÆCIPITENT. » (L. 2, *Cod.*, lib. 34, *Quand. et quib.*, *quarta pars,* etc.)

En telle sorte que cette modification du principe avait pour cause formellement reconnue, non pas seulement le respect filial envers les pères et mères, non pas seulement leur justice présumée et d'ailleurs assurée par les précautions de la loi, mais encore l'intérêt bien entendu des enfants eux-mêmes.

Cette pensée pénétra, demeura et demeure toujours dans la confection de tous les partages possibles, notamment dans ceux que font les pères et mères.

Et néanmoins, de Constantin à Théodose, de Théodose à Justinien, ce furent des contestations sans fin comme sans unité sur la forme de l'acte, sur le degré entre les disposants et les enfants, sur ceux qui étaient légitimes ou simplement légitimés par rescrit du prince, sur ceux qui étaient ou n'étaient pas émancipés... A tel point qu'on avait fait déchoir la loi dans une inquiétante obscurité, et qu'il fut dit que tous les commentaires donnés à cet égard avaient plutôt été écrits pour des devins que pour des juges : *In tantam ingressi sunt obscuritatem ut divinantibus magìs quàm interpretantibus hæc egerint* (Nov. 107, *in præfat.*, *de testam. imperf. à parentib. in fil. fact.*)

De cette novelle à l'ordonnance de 1735, dans cette période d'environ 1200 ans, ce furent encore, tout en avançant sur le même terrain, tout en possédant les mêmes garanties contre les abus (Furgole, *Test.*, ch. II, sect. 1, nomb. 69 et 70 ; — ch. VIII, sect. 1, nomb. 151, 153, 154), d'interminables controverses sur la plupart des mêmes points, sur les testaments parfaits ou imparfaits, sur l'imperfection dans la forme ou dans la disposition elle-même, sur ceux qui étaient écrits ou simplement nuncupatifs, sur le dessaisissement partiel ou intégral....; ce qui suggéra à l'éminent jurisconsulte ces paroles courroucées : « Il n'y a point « de matière qui soit plus embrouillée ! On s'est si fort éloigné « de l'esprit du droit, certaines décisions ont acquis un tel crédit « qu'on n'examine plus les difficultés sur les principes et sur les « règles établis par les lois ! La variété, même la contrariété « que l'on trouve dans ces décisions augmentant les difficultés, « font qu'on ne sait plus à quoi s'en tenir, que tout est arbi- « traire. Car où trouver une règle certaine pour se fixer dans « une matière dont on a pour ainsi dire enseveli les règles dans le « chaos des opinions ! » (*Loc. cit.*, ch. II, sect. 1, nomb. 30 et 85.)

De nos jours, plus de cent ans après Furgole, nous possédons un Code qui, d'une part, commence par fournir des garanties encore plus fortes contre les erreurs ou les excès de la magistrature domestique (V. l'art. 1079 et cette jurisprudence constante qui relève de la lésion *la plus minime*), et qui, d'autre part, avec les vues de nos anciens pour l'intérêt bien entendu de chacun des enfants, se préoccupe en outre d'un intérêt antérieur et supérieur : le besoin de l'agriculture, par conséquent celui du public considéré en masse (art. 832, C. Nap., et Fenet, tom. XII, p. 310, 313, 314, 259, etc.). Entre autres preuves, nous avons d'abord l'observation de Maleville dans le conseil d'État : « Le « morcellement serait la ruine et la destruction des familles. On « ne pourrait plus composer une ferme, une métairie » (p. 310, Fenet, *loc. cit.*). Nous avons ensuite celle de Bigot-Préameneu dans le même conseil : « Un petit héritage, composé de « petites parcelles, pour être partagé entre plusieurs, n'existe « plus pour personne (*ib.*, p. 317, 318). » Comme leçon d'une expérience encore plus récente, nous avons les écrits de divers publicistes, en tête desquels il faut placer M. Blanqui aîné, où il nous est infligé la douleur de voir que pauvres d'un autre âge vis-à-vis de l'Angleterre, vis-à-vis de l'Allemagne, nous ne cessons de nous faire, au moyen de l'extrême division du sol, une véritable plaie ; « que cette division fait peu à peu disparaître « la culture à la charrue pour y substituer la culture à bras ; qu'en « augmentant ainsi la moyenne du prix de revient, elle diminue « le nombre des bestiaux, la quantité des engrais ; qu'elle rend « de plus en plus difficiles les irrigations et fait subsister le fléau « du parcours et de la vaine pâture ; qu'enfin il s'ensuit la dimi- « nution de nos produits industriels, de nos produits alimen-

« taires. » Pour nous aider à prendre enfin la voie ouverte par le Code, nous avons le secours même des lois fiscales. Par deux fois, elles traitent avec une faveur marquée les partages dont nous nous occupons ici (L. du 16 juin 1824; l. des 15 et 18 mai 1850). — Eh bien! malgré toutes ces raisons, toutes ces mesures, que d'efforts encore contre l'agglomération, contre la justice des pères et mères! A ne lire que les seules annotations de M. Gilbert, jusqu'en 1847 seulement et sous le seul art. 1075, il y a eu, là-dessus, dix questions plus ou moins distinctes! Et celle que nous discutons ici plus particulièrement dure depuis 1826! Et M. Devilleneuve, s'appuyant de l'arrêt *Gouget* par lui publié au T. 53-2-129, ainsi que du nouvel ouvrage de M. le professeur Genty; se séparant d'une note fort précise qu'il avait autrefois donnée (47-1-513); n'examinant pas, en nous réfutant dans celle de 1853, les travaux préparatoires du Code sur ce point; ne se reportant pas aux arrêts de la Cour de cassation, principalement à celui du 16 août 1826; ne nous accordant que le suffrage de *quelques* auteurs, tandis que nous avons celui *de tous*, et que même nous avions omis d'y réunir celui de M. Dalloz aîné (*Rec. alph.*, V. *Disp. entre-vifs*, p. 195 et 196); M. Devilleneuve, disons-nous, estime que l'ascendant doit se borner à *ordonner* la licitation, et laisser à ses enfants toute faculté *d'y recourir en justice.*

Répéterons-nous, avec Furgole, que, dans cette lutte, l'un des deux camps s'est étrangement *éloigné de l'esprit du droit, qu'on n'a plus examiné la question sur les principes?* A lui ou à ses pairs dans la science, pas à nous, de parler sur ce ton du rappel. Dirons-nous, à titre simplement historique, *qu'il a été trop sacrifié au crédit acquis par certaines décisions?* Des décisions! Oui, il en est deux de contraires dans la doctrine : ce sont celles de M. Genty et de M. Devilleneuve. Mais elles n'ont rien sacrifié à aucun précédent qui leur soit identique : elles n'ont été prévues par Grenier et par Merlin, il y a de cela 50 ans, que pour être à l'instant réfutées par eux-mêmes (nous citerons ci-après le passage textuel de ces deux auteurs). Oui aussi, dans la jurisprudence, il en est une autre : c'est celle de l'arrêt *Gouget.* Mais, nous avons encore aujourd'hui le bonheur de le constater, cet arrêt n'apparaît déjà plus que comme un monument dans la solitude; car il y a eu évidemment erreur à noter comme analogue celui émané plus tard de la Cour de Bordeaux et rapporté *loc. cit.*, p. 264. Tout au contraire, l'arrêt de Bordeaux consacre formellement la distinction que nous soutenons ici. Dirons-nous, du moins, *qu'il n'est pas de matière plus embrouillée?* Non : elle ne l'est pas, elle paraît seulement être telle. Mais ce que nous dirons, ce que nous devons dire, c'est que, soit défaut de précision suffisante, soit persistance dans la controverse, soit préjugé du moment, soit panique, *on ne sait plus à quoi s'en tenir!...*

En effet, dans la pratique actuelle, que fait-on? Nul, il est vrai, ne s'est avisé encore d'ajouter au mécanisme employé jusqu'ici, ce ressort de plus que MM. Genty et Devilleneuve exigent. Habituées à ne pas faire d'inutiles dépenses, nos familles *à petite fortune* trouvent que c'est bien assez des frais envers le notaire, envers le receveur de l'enregistrement. Aussi se demandent-elles, pourquoi il faudrait en ajouter d'autres envers les avoués, huissiers, peut-être les experts, le notaire encore, le fisc encore. Car une licitation détermine d'autres actes de notaire et des actes d'huissier, qui sont même assez multiples (V. les 19 articles du titre *Des licitations*, Pr. civ.). A cette curiosité très-permise les notaires ne peuvent, en conscience, que répondre deux choses fort simples : 1° c'est qu'il faut convenir que la mise en scène de cette procédure, comme incident ou complément des partages dont il s'agit, paraît n'avoir été, nulle part, indiquée par la loi, notamment par l'art. 966 du Code de procédure, qui n'en voit les causes occasionnelles que dans les art. 823 et 838 du Code Nap. (et cela malgré la révision, malgré le tarif nouveau de 1841); 2° c'est que ce considérable surcroît de frais est, en tout cas, inopportun, proposé avant heure, puisque si tant est que la licitation soit désormais inévitable, elle sera, après la mort du disposant, aussi bien ordonnée par le juge qu'elle le serait maintenant par le disposant lui-même. De plus, n'y ayant pas alors lieu à l'usufruit qu'il faudrait à présent réserver, les colicitants auront moins à regretter leurs frais de licitation, sans compter l'économie qu'ils se trouveront avoir faite vis-à-vis du notaire, qui aujourd'hui lui est parfaitement inutile. Mais on insiste. Comme d'instinct on s'obstine à penser que la loi a eu quelques bonnes raisons en conviant les pères et mères à faire eux-mêmes le partage. « Vous pouvez bien le faire, leur est-il « encore répondu, mais en nature. — Nous le voudrions; mais « cela ne se peut. D'un côté, chacun des enfants a son aptitude « ou sa position différente : les uns exerçant une profession in« dustrielle ou s'y préparant, les autres étant mariés ou devant

« se marier au loin. D'un autre côté, fussent-ils ou dussent-ils « être tous agriculteurs, nul ne posséderait ce qu'il lui faut pour « le plus simple établissement de culture. Force serait, en outre, « de changer les assolements, de fatiguer ou même d'épuiser « ainsi les terres, d'établir des servitudes pour passage, pour « puisage, etc., de préparer ainsi d'autres causes de dommage et « surtout de contestations.—Vendez, convertissez tout en argent, « partagez cette valeur nouvelle, et ainsi vous ne ferez pas de « jaloux. — Vendre ! Mais ce n'est point là ce que nous avons « appris, nous, nos pères : nous n'avons fait, nous ne ferons d'é« conomies que pour acheter ! Nous n'achetons que pour garder, « améliorer, agrandir ; que pour laisser à ceux qui nous suc« cèdent l'exemple de nos labeurs, non un argent qui leur vien« drait d'un étranger et qui ne leur rappellerait rien de nous, rien « de bon peut-être. Vendre ! Mais cette idée se confond chez nous « avec l'idée de désastre ; et le désastre où donc est-il ? Vendre ! Pour « n'assurer nos derniers jours que sur des valeurs mobilisées, ou « pour réduire nos enfants à se procurer envers nous des cautions « qui leur seraient plus ou moins onéreuses ! — Que l'un des réser« vataires prenne tout le bien et paie les autres : moins envié que « le préciputaire, il serait tranquille. — Et tous les réservataires « d'éclater en réclamations contre un pareil fardeau, leur part « étant trop faible pour y suffire ! — Que tous les réservataires « se réunissent pour payer le préciputaire. — Et après ? Il fau« dra bien qu'ils se subdivisent, que le manoir cesse d'être ce « qu'il est, qu'il se gaspille, qu'il soit vendu à un étranger !..... » Alors, encore une fois, que fait-on ? On fait, d'abord, se démettre les pères et mères par voie de donation collective, leur laissant *pour tout pouvoir* celui d'établir en principe un préciput, et, par un acte séparé, quelquefois par le même acte, toujours devant le même notaire, souvent le même jour, on fait procéder conventionnellement, par les enfants eux-mêmes déjà saisis, à une licitation envers l'un d'eux.

L'expédient est bien, en un sens, quelque peu diplomatique : on se met bien quelque peu à distance de la difficulté, ou, si l'on veut, on l'ôte d'au-devant de soi au moyen d'une espèce de cloison. Mais elle n'en subsiste pas moins, elle ! Qui sait si, laissée vivante, elle n'avancera pas contre ceux qui n'ont fait que la fuir ; si elle ne brisera pas, quelque jour, la cloison par quelque côté défectueux, puis par tous ? Qui sait, autrement dit, si elle ne procédera pas, comme dans l'affaire *Donadieu*, d'un premier point, qui est que « le partage ne passe pas pour être « l'œuvre des enfants, mais seulement celle des pères et mères, « lorsqu'il paraît que la donation ne leur a été préalablement faite « qu'à condition d'accepter leur part telle qu'elle est réglée dans ce « partage. » Qui sait si à l'objection prise de la séparation des deux actes elle ne répondra pas avec avantage : *ea quæ fiunt incontinenti censentur inesse?* Il est deux mots si terriblement compréhensifs, si absorbants : L'OMNIPOTENCE ABUSIVE !.... En tout cas, dans cette pratique, l'autorité de l'ascendant n'est plus qu'une autorité amoindrie. Au lieu d'une action vivifiante et régulatrice, ce n'est plus qu'une espèce de mort civile volontairement subie. Et les *devins* de nos jours (les entrepreneurs de procès) y trouvent seuls, comme ceux d'autrefois, leur compte.

Quoiqu'il en soit, un arrêt récent de la Cour d'Agen, arrêt du 2 janvier 1854, s'est borné à dire, sur la question proposée : « Attendu que les biens dont s'agit au procès étaient impartageables, et que leur division les aurait considérablement dé- « préciés. » Cet arrêt fait voir, par la sobriété même de ses motifs, combien a paru naturelle et simple la solution qu'il donne. Ajoutons, à ce propos, que les magistrats dont il émane, au nombre de douze, n'ont pas attendu la fin de la plaidoirie qui le sollicitait dans ce sens-là, que l'organe du ministère public s'en est remis à la sagesse de la Cour, et que, pour se prononcer, les juges n'ont pas même quitté leurs siéges.

Maintenant, faut-il prouver que c'est là, en effet, ce que veut le texte de la loi ; que c'est là son esprit ? C'est facile.

TEXTES.

Les partages qui ne se font pas ou qui ne peuvent se faire par la seule volonté des parties, sont placés sous l'autorité des tribunaux (art. 822, C. Nap.).

Ceux des enfants sur les biens de leurs ascendants encore vivants, sont placés sous l'autorité de ces mêmes ascendants, en tant qu'il leur plaît de l'exercer (art. 1075, *ib.*).

Voilà, d'abord, deux règles générales, parallèles, corrélatives, distinctes ; et il s'en induit, ce semble, que (sauf le contrôle de la première autorité sur la seconde, en cas d'abus) il ne faut pas, comme on le propose, une opération mi-partie de l'une, mi-partie de l'autre.

Quant aux partages que les tribunaux dirigent, tous les moyens pour les accomplir ont été prévus, réglés : 1° estimation par experts des immeubles et des meubles (art. 824, 825, Code Napoléon), sauf pourtant à être dispensé de ce préalable (art. 970, Code de procédure civile); 2° rapports à la masse, comptes respectifs, prélèvements (art. 828, 829, 830, Code Napoléon); 3° composition des lots ou licitation du total indivis (826, 827, 831); 4° *obligation* de liciter, de ne pas morceler les héritages, de ne pas diviser les exploitations (827, 832), et *simple conseil* de faire entrer dans chaque lot, *s'il se peut*, la même quantité de meubles, d'immeubles, de même nature et valeur (832, *in fin.*); 5° si la formation des lots est possible, tirage au sort (834, *in fin.*, et 970, procédure civile) ; 6° si elle ne l'est pas, licitation (827) ; 7° cas accidentel, intermédiaire, c'est-à-dire compensation ou soulte, si les lots sont inégaux (833).

Quant aux partages que doivent diriger les ascendants, rien que deux mots : « Ils pourront faire, entre leurs enfants, la distribution et le partage de leurs biens » (art. 1075, C. Nap.).

Or, qu'est-ce que la distribution? Qu'est-ce que le partage?

La distribution, il n'en a été parlé qu'en ce seul endroit du Code : ce qui indique déjà que nous sommes ici dans un ordre d'idées plus spéciales. Du reste, elle va nous être connue au moyen de ce qui en a été écrit dans l'ancien droit. C'est la disposition abstraite, la transmission par quotités. Ce sont, autrement dit, les *onces* de *l'as* des Romains (Furg., *Test.*, ch. VIII, sect. 1, nomb. 75 et suiv.). Autrement dit encore, c'est le rôle dans lequel l'arrêt *Gouget*, M. le professeur Genty, M. Devilleneuve, veulent circonscrire tout le pouvoir dévolu à l'ascendant. C'est le rôle auquel, bien malgré eux, les notaires l'ont réduit dans ces derniers temps.

Les indications par nature de biens seraient déjà, dans ce système, un excès. Mais, loin de là, est-ce qu'il n'a pas été concédé beaucoup plus ? Est-ce qu'il n'a pas été spécifié que l'ascendant pouvait aussi faire le PARTAGE? Or, qu'est-ce, encore une fois, que le partage ? C'est tout ce qui a été précédemment dit sous ce mot ; c'est la conciliation, c'est la transformation des droits de chacun respectivement à tous et à chacun. Ainsi, dans l'art. 1075, il a été sous-entendu par ce mot : 1° qu'une même quantité, qu'une même nature, qu'une même valeur de meubles et d'immeubles ne devait revenir à chacun des enfants que *si cela était possible;* 2° que, si cela n'était pas possible, c'est-à-dire s'il devait s'ensuivre des morcellements, des divisions d'exploitation, on *devait* liciter.

Restait à savoir, il est vrai : 1° si cette licitation se ferait par l'autorité et par les soins des ascendants eux-mêmes ; 2° si elle aurait lieu avec concours d'étrangers ? Mais, quant au premier de ces doutes, l'art. 1075 disant que l'ascendant pourrait faire le *partage*, et la licitation étant, comme nous venons de le voir, un des moyens inhérents au partage ; l'admission de la fin impliquant l'admission du moyen, il s'ensuit, seulement pour le texte, que c'est bien à l'ascendant qu'il appartient de faire cette licitation. Quant au deuxième doute, nous nous bornerons, pour le moment, à répondre que, très-certainement, la loi n'a entendu exiger de cet ascendant que des choses de tout point conformes à sa mission.

En attendant, pour nous fixer, et toujours au moyen des textes, rien de plus sûr que d'aller à leur sanction pénale, tout ce qu'ils ne défendent pas étant permis. Or, cette sanction pénale, quant à ceci, où est-elle? Que peut-elle? Elle est dans l'art. 1079, elle y est tout entière ; et elle porte que tout ce qui est prohibé, c'est..... *un avantage excessif.* Maintenant, qu'est-ce qu'un avantage excessif? Est-ce l'attribution de telle nature de biens plutôt que de telle autre? Non : c'est celle de telle ou telle *quotité.* Nous ne voyons, en effet, que cela dans tout le Code, spécialement dans les art. 913 et suivants, dans les art. 920 et suivants.

ESPRIT DE LA LOI.

Cet esprit ressort, avec un parfait ensemble, sous quatre points de vue : 1° les errements du passé ; 2° la pensée des auteurs du Code; 3° l'élaboration du texte; 4° le sens dans lequel il a été accepté par le Corps législatif et par le Tribunat.

1° *Errements du passé.* Dans le droit écrit, l'ascendant pouvait, sauf seulement la légitime et les formalités à suivre, transmettre à ses enfants, par voie de partage entre eux, TOUT CE QU'IL JUGEAIT A PROPOS. Il importait fort peu que ce partage fût *égal ou inégal ;* que l'inégalité fût *grande* ou *petite* (Furgole, *Test.*, ch. II, sect. 1, nomb. 73; — ch. VIII, sect. 1, nomb. 142). Plus loin (nomb. 150), cet auteur est encore plus explicite : « Les interprètes du droit civil se sont trompés, dit-il, lorsqu'ils ont pensé

« que, dans ces sortes de partages, l'égalité devait être observée. « Il est clairement décidé que les parents peuvent régler ces « mêmes partages *comme ils trouvent à propos*, en laissant la « légitime, sans que ceux qui ont le moindre lot puissent se « plaindre, si cette légitime est remplie. » Puis encore, touchant d'une manière assez analogue au vif de notre question ; se demandant si, dans ces partages, on peut, là où il est défendu de disposer des propres, mais où il est permis d'avantager, rendre cette disposition valide *au moyen d'autres biens laissés en équivalent*, il répond qu'on le peut, pourvu que les autres enfants soient REMPLACÉS de leur portion des propres (*ib.*, ch. VIII, sect. 1, nomb. 155). — Au surplus, et pour prouver que ceci ne constitue en rien un reste de cette puissance paternelle exorbitante, qu'on a reprochée aux Romains et aux contrées qui héritèrent de leurs lois, il fait remarquer que la novelle 107 (tout comme aujourd'hui notre Code) accorde ce pouvoir à la mère aussi bien qu'au père, qu'elle l'accorde aussi à tous les ascendants de l'un et de l'autre sexe (*ib.*, nomb. 152, 153).

En pays de coutume, hors de toute influence du droit romain, là où notre Code a puisé son plan, les auteurs sont précisément plus positifs. Lebrun dit, d'abord, que, dans la sienne et les autres en général, il n'y a de restriction, sur les partages *inter liberos*, qu'en ce qui intéresse les formes et la légitime. Pour ce qui est du fond de tout partage, il ajoute que « ces actes « doivent se faire équitablement ; qu'on y fait souvent des « échanges [1] ; que le juge l'ordonne même de son propre mou« vement, contre le principe du droit qui dit : *nemo tenetur ca« rere re suâ etiam justo pretio*. CAR ON NE DOIT PAS SE PLAINDRE « QUAND ON EST UNE FOIS INDEMNISÉ (*Success.*, liv. IV, ch. VIII, n° 8, « 9, 10, 11). Ces sortes de causes, reprend-il plus loin, se jugent « toujours *ex æquo et bono* (*ib.*, n° 43). »

Auroux-Despommiers, tout en réservant aussi la légitime, tout en stipulant qu'elle fût même réalisée en nature, accordait cependant aussi que cela devait être entendu *ex æquo et bono* (unanimité d'expression comme de pensée !), c'est-à-dire *pourvu qu'on pût diviser les biens sans les ruiner* (art. 216 de la coutume du Bourbonnais). Expressions encore qui sont communes à un autre texte ci-dessus (leg. 14 et 15, § *de Legat.*, 1°).

---

[1] Chacun étant préalablement et indivisément saisi des biens, fait, en recevant de l'argent pour sa part en nature, un échange (V. Furgole, *loc. cit.*, nomb. 167).

Et Ferrière, lui qui vivait dans la coutume dominante, disait : « Ces sortes de partages sont si favorablement reçus, qu'ils sont « dispensés des formalités, *règles et maximes ordinaires.* » (*Dict.* « *de pratiq.*, v^is^ *Partages faits par pères et mères.*) Il n'y réserve, à son tour, que le droit de légitime, citant, du reste, ce passage de Brodeau sur Louet : « *Divisio testamentaria à parentibus* « *facta inter liberos,* QUOCUMQUE MODO FACTA, *valet..... Præ-* « *sumptio propter naturalem affectum facit* OMNIA *parentibus* « *videri concessa* (*ib.*). » Présomption, haute idée de confiance, que Furgole aussi faisait surgir (*ub. supr.*) des textes même du droit romain, remarquant que, d'ailleurs, prémunis contre leur propre faiblesse par la perspective du recours légitimaire, les parents n'exerçaient en ceci *que les fonctions impartiales d'un expert, qu'un arbitrage de famille!*

Tout cela, au moment où se discutait le Code, était si notoire, si usuel, que Régnault de Saint-Jean-d'Angely disait : « L'égalité absolue est si peu dans nos mœurs, que le père donne *à* « *l'aîné de ses enfants le manoir paternel*, ET AUX AUTRES LEUR PART « EN ARGENT. » (Fenet, tom. XII, p. 313.)

D'un autre côté, en discutant sur la quotité disponible, qui n'a été que l'un des moyens envisagés pour le même résultat, Maleville disait : « Il est une maxime sur laquelle Montesquieu « insistait beaucoup : *non facili recedendum ab eo jure quod dici* « *æquum visum est* (Fenet, *ib.*, p. 308). » A quoi Galli accédait en répétant : « Ce qui a été fait, reçu, pratiqué, doit être « respecté (*ib.*, p. 113). » Et, de suite après, dans son *Analyse du Code,* sous l'art. 1078, Maleville reprenait, disant, entre autres motifs de son opinion dans notre sens : « Cela s'est tou- « jours pratiqué ainsi. »

De ces précédents, de leur glorification à leur accueil dans le sein de la loi nouvelle, qu'y avait-il ?... *Non est novum ut priores leges ad posteriores trahantur; et semper quasi hoc legibus inesse credi oportet, ut ad eas quoque personas et ad eas res pertinerent quæ quandòque similes erunt..... nisi posteriores contrariæ sint* (L. 26, 27, 28, § *de Leg.*).

Or, dans la loi nouvelle, où trouver trace d'une intention contraire? Elle a semblé dire qu'elle n'intervenait, comme autrefois, que pour le droit de légitime! (Art. 1079.)

2° *Pensée des auteurs du Code.* Cette pensée, encore une fois, s'exerça séparément et puis simultanément sur deux points : la quotité disponible et le partage à faire par les ascendants eux-mêmes. Le dernier article que nous venons de citer prouve, entre autres, combien ces deux points ne tendent qu'à un même but. Or, ce but, quel est-il ? 1o L'autorité à maintenir dans les mains des pères et mères ; 2° l'agglomération et l'agencement à maintenir aussi dans leurs propriétés. Et tout cela dans l'intérêt bien entendu des individus eux-mêmes, surtout de ceux qui ne possèdent que peu, tout comme dans l'intérêt de l'État. (Fenet, tom. XII, p. 258, 259, 309, 313, 314, 315, 316, 317, 318, 319.)

Quant à l'autorité des ascendants, Maleville ajouta à ce qui en avait été dit par les autres comme par lui-même cette observation, qui a bien encore toute son opportunité : « Sommes-nous « dans des circonstances qui nous obligent à diminuer ce droit ? « Bien loin de l'affaiblir, ne serait-ce pas plutôt le cas de l'aug- « menter ? » (*Ib.*, p. 255.)

Quant à l'agglomération, le premier Consul la résumait dans le besoin de maintenir la maison paternelle, qu'il appelait *le point central des fortunes modiques* (*ib.*, 313 et 314). Et, au milieu des raisons nombreuses qui furent émises là-dessus, Boulay déclara même que l'expérience avait déjà parlé : « Lorsque je « fus chargé par le gouvernement, dit-il, de présenter la loi du « 24 germinal an VIII, j'eus occasion de m'assurer que celle « du 17 nivôse an II n'avait jamais été suivie dans les pays de « petite culture (*ib.*). »

3° *Élaboration du texte.* Le projet de Jacqueminot et puis celui de la commission portaient : « Les pères et mères et autres « ascendants peuvent faire.... la distribution et le partage... soit « en désignant la quotité des parts et portions, soit en indiquant « les biens de telle et telle nature qui composeront les lots » (Fenet, tome I, p. 389, et tome II, p. 296). Par là, le texte ne se serait pas borné au sens générique de ces mots : *distribution et partage.* Il aurait voulu en fixer la portée, la circonscrire dans deux modes d'exécution : la quotité et la nature des biens de chaque portion. Autrement dit, ce n'était là que la distribution connue dans l'ancien droit, que la limitation aujourd'hui prétendue, non le partage proprement dit. Aussi, trouvant ce sens-là par trop restreint, et justifiant d'ailleurs sa proposition par des motifs qu'il importe de consulter, la Cour d'Aix formula et ajouta aux deux spécifications du projet celle-ci : « Soit en « fixant la somme pécuniaire que celui auquel ils assignent « les biens héréditaires en nature devra compter à ses copar- « tageants. » (Fenet, tome III, p. 50.)

Si tout cela était resté ainsi, la question qui s'agite depuis si longtemps et à si grands frais, ne serait pas venue au jour. Mais il a en été autrement. La précision demandée par la Cour d'Aix, et les deux autres qu'avait demandées aussi le projet ont disparu. Il ne nous est resté que les deux mots complexes : *distribution*, *partage*. Et le tout, sans qu'on découvre (du moins nous ne l'avons su faire) aucun indice du motif qui a déterminé cette suppression. Mais est-ce là un argument pour le système contraire ? Nullement; car s'il y a eu rejet de la proposition faite par la Cour d'Aix, il y a eu aussi et en même temps rejet de celle faite par Jacqueminot et par la commission. Si du premier, on inférait que le Code n'a point voulu, dans sa rédaction définitive, ce que nous soutenons, il faudrait aussi et forcément inférer de l'autre qu'il n'a pas voulu d'avantage ce qui était dans le projet, c'est-à-dire la désignation des quotités, l'indication de la nature des biens. Or, il n'est point permis d'aller jusque-là. Au surplus, évidemment, cette élimination ne signifie que deux choses. D'un côté, en effet, le style majestueux de la loi affecte toujours, comme on sait, le plus de concision qui soit possible; il évite surtout le danger si connu des définitions. D'un autre côté, les anciens textes, les anciens interprètes, l'ancienne pratique, les nouveaux textes sur les partages ordinaires, tout cela suffisait pour expliquer les termes auxquels on s'est arrêté. D'ailleurs, ces trois précisions auraient pu sembler limitatives, tandis que la généralité laissait plus de latitude : *expressa nocent*, *non expressa non nocent*. Or, cette latitude est précisément ce que nous tenions à constater ici. Il s'ensuit que l'ascendant peut faire, non seulement tout ce qui est *distribution*, mais encore tout ce qui EST PARTAGE.

4° *Corps législatif*, *Tribunat*. En apportant au Corps législatif ce texte et les motifs qui l'avaient inspiré, Bigot-Préameneu s'exprima ainsi : « Il est un autre genre de disposition, *qui doit « avoir sur le sort des familles une grande influence*. Ce sont les « partages faits par les ascendants entre leurs descendants. C'est « le dernier et l'un des actes les plus importants *de leur puis-*

« *sance et de leur affection.* Ils s'en rapporteront souvent à cette « sage répartition que la loi elle-même a faite. Mais il restera « souvent, *et surtout à ceux qui ont peu de fortune*, comme à « ceux qui auront des biens dont le partage ne sera pas facile ou « sera susceptible d'inconvénient, de grandes inquiétudes sur « les dissentiments qui pourront s'élever entre leurs enfants. — « Combien serait douloureuse pour un bon père, l'idée que des « travaux dont le produit devait rendre sa famille heureuse se« ront l'occasion de haines et de discordes ! — *A qui donc pour« rait-on confier avec plus d'assurance* **LA RÉPARTITION DES BIENS** « *entre les enfants qu'à des pères et mères qui*, **MIEUX QUE TOUS** « **AUTRES**, *en connaissent la valeur, les avantages, lès inconvé« nients;* à des pères et mères qui rempliront cette *magistrature*, « non-seulement avec l'impartialité du juge, mais encore avec « ce soin, cet intérêt, cette prévoyance que l'affection paternelle « peut seule inspirer ? » (Fenet, tom. XII, p. 566.)

Le Corps législatif ayant transmis ce même texte et cet exposé des motifs au Tribunat, Jaubert y en fit le rapport. Il y parla de ces *prérogatives* que certaines dispositions doivent tenir de la loi. « Cette partie de la loi est destinée, dit-il, *à donner une nou« velle force à la puissance paternelle.* » (Fenet, tom. XII, p. 577.) « — Les substitutions, ajoute-t-il, sont permises dans certaines « limites; mais les pères et mères auront encore *un autre moyen* « *de maintenir l'ordre dans les familles.* (*Ib.*, p. 613.) — La loi « présume toujours bien *du jugement* du père de famille. » (*Ib.*, p. 616 et 617.)

Le Tribunat ayant adopté le projet ainsi expliqué par Bigot-Préameneu, par Jaubert, un autre de ses membres (Favard) le rapporta au Corps législatif. Il affecta d'y répéter que le projet donnait aux ascendants sur leurs enfants *la plus douce magistrature.* (*Ib.*, p. 644.) Et pas un mot de dissidence !...

Sur tout cela, une seule objection, relevée par eux trois, et par eux trois aussi aplanie dans le même sens. C'est celle prévue et résolue, quant au droit de légitime, ainsi que nous l'avons plus haut remarqué chez les auteurs des anciens pays de droit écrit et de coutume; c'est celle que prévoit et que résout non moins énergiquement, ainsi que nous l'avons remarqué encore, l'article 1079. Pas un mot de la difficulté soulevée depuis !

Ce silence s'explique. La loi n'avait de devoir à s'imposer que dans la mesure de son droit, et elle ne s'était arrogé ici nul droit que dans la mesure de ce qui lui avait été possible. Ainsi, quant aux quotités, valeurs toujours invariables quoique proportionnelles, elle avait pu les fixer, les répartir, en défendre à quiconque, même aux ascendants, toute autre répartition. Mais quant aux natures de biens, valeurs essentiellement et indéfiniment variables, perpétuellement sujettes à agencement ou à permutation, elle n'avait raisonnablement pu s'en approprier le sort absolu; elle n'avait pu que le laisser, pour certains cas, à une autorité déléguée par elle. Donc, elle n'avait pas dû s'en occuper de même, y faire de même ses réserves. D'un autre côté, la loi n'a réglé, n'a circonscrit que ce qui était LIBÉRALITÉ. Or, elle n'a jamais considéré comme ayant ce caractère la transmission *de tels ou tels objets*. Réduit à ce point de vue, l'ancien partage *inter liberos* n'était point considéré comme un testament, comme une donation, mais simplement comme une disposition *ab intestat*, comme un jugement de famille (Furgole, *ub. sup.*, chap. II, sect. 1, n° 35, et Merlin, *Rép.*, v^is. *Part. d'ascend.*, n° 8). Aussi était-il dispensé des formes propres aux donations et aux testaments (*Ib.*, n° 36), même sous l'ordonnance de 1735 (art. 15, 16, 17, 38). Aussi lors de l'émission de notre nouveau Code, Jaubert le qualifia-t-il du même nom. Aussi, enfin, Toullier l'a-t-il, depuis, qualifié, à son tour, d'*acte commutatif* (tom. V, n° 804). Il est vrai qu'aujourd'hui on ne peut le faire qu'avec les formalités, conditions et règles prescrites pour les donations entre-vifs et testaments (1076). Mais, d'abord, c'est parce que l'on ne peut autrement disposer à titre gratuit (693), et que dans l'acte dont nous nous occupons, la libéralité proprement dite se mêle à l'investiture matérielle des biens, que même elle y domine (argum. de l'art. 1079). Et puis, rien n'est venu empêcher, dans ce concours, que *le triage des biens* restât en dehors des prévisions qui atteignent LA LIBÉRALITÉ.

Du reste, il fut bientôt suppléé à ce silence, et très-complétement; car ce fut par deux autres membres de ce même conseil d'État; nous voulons parler de Grenier et de Merlin. Voici ce qu'ils en ont dit, l'un ayant littéralement accueilli et reproduit le sentiment de l'autre, et n'ayant dès lors trouvé rien de mieux: « Le cas de la licitation, pourrait-on dire, n'est point prévu par « les art. 1075 et suiv., *et toute licitation à faire devient une opé-« ration purement judiciaire*. Néanmoins, la licitation tient, de « sa nature, aux mêmes principes que le partage. Elle est seu-

« lement un mode de convertir en valeur numéraire des portions « qui ne peuvent se détacher sans nuire à un ensemble et sans « diminuer celle de chacun. Le principal objet de la licitation, « comme du partage, est de faire cesser l'indivision. *Le pouvoir « donné aux ascendants, dans le cas le plus ordinaire, paraît de- « venir commun, de droit, au cas le moins fréquent.* » (Grenier, tom. I, nº 399 ; Merlin, *Rép.*, vis. *Part. d'asc.*, nº 12.)

Anciennement, par maintes fois, magistrats et docteurs avaient utilement consulté les procès-verbaux, d'où étaient sorties les célèbres ordonnances de 1667 et 1670. A une époque plus récente, le 1er février 1819, la Cour de cassation, recherchant le vrai sens d'un texte, consulta, à son tour, le procès-verbal des délibérations du conseil d'État, et en fit le premier point d'appui de son arrêt (Dev., *Collection nouvelle*, 6e vol., 1-16). Ici le procès-verbal n'a-t-il pas assez dit? Bigot-Préameneu, Jaubert, Favard, Grenier, Merlin, ne l'ont-ils pas complété? Et si un tel commentaire constitue, en quelque sorte, une partie intégrante du texte, demandons-nous, en terminant, ce que devient, en sa présence, le système contraire?

1º Sollicitude maintes fois répétée en faveur de ceux *qui n'ont que peu de fortune*, dont les biens ne peuvent facilement se partager, laquelle se traduit en un PRIVILÉGE uniquement réalisable pour les grands propriétaires, à condition même que leurs domaines égalent en nombre celui de leurs enfants, et que chacun, dans son individualité, soit assez complétement assorti pour n'avoir nul besoin d'emprunter quoi que ce soit à un autre ;

2º Un genre de disposition *qui sera le plus important de la puissance paternelle*, *qui donnera une nouvelle force à cette puissance*, qui constituera une *prérogative*, une *magistrature*, et qui n'aboutit qu'à *ordonner* une licitation, qu'à montrer par là sa déplorable inutilité, puisque sitôt après le décès, sur la réquisition de la partie la plus diligente (art. 953, Pr. civ.), la justice en eût ordonné tout autant! Une prérogative, une magistrature, qui, comme le dit fort bien M. Dalloz aîné (*loc. cit.*) peut être mise en butte à l'humiliation, appelée qu'elle peut être dans le débat judiciaire ! Une magistrature, une puissance, qui, en tout cas, pourraient devenir le jouet d'une mystification impie, les donataires, une fois investis et maîtres de faire ce qui leur plairait, pouvant sous ses yeux mettre tout en lambeaux ou tout vendre !

3º Une disposition qui sera l'un des actes les plus caractéristiques de *l'affection paternelle, qui préviendra toutes les inquiétudes contre tous les dissentiments*, et qui, si elle veut donner signe de vie, ne le donnera que pour livrer des enfants à tous les frais, à toutes les irritations, à toutes les témérités d'une enchère devant les tribunaux !

4° *Un jugement dont la loi présume toujours bien; des parents qui, mieux que tous autres, connaissent la valeur, les avantages, les inconvénients de leur propriété ; qui dès lors méritent toute préférence pour en faire* LA RÉPARTITION, mais qu'on n'accueille qu'à moitié, que l'on borne à l'œuvre d'une investiture générale et indivise; à qui on n'a pas encore dénié le droit de former des lots avec ou sans soulte, et à qui pourtant, si la méfiance est logique, il faudra bien le dénier aussi, sauf à tout annihiler plus tard !

5° *Un moyen qui doit marcher de pair avec celui des susbstitutions permises*, QUI DOIT CONSERVER L'HABITATION A L'UN DES ENFANTS, au plus digne en économie agricole, au plus capable par l'âge, et dont la conséquence unique sera de faire passer cette habitation à celui qui aura le plus de méchanceté, le plus de jalousie, le plus de hasards dans sa jeunesse, probablement même à un étranger !

Après toutes ces nouveautés *in apicibus juris*, il ne reste plus qu'à observer comme étude de mœurs contemporaines, dans la pratique du palais, ces prétendus plaignants en nullité, relevant grief *de ce qu'on ne les a pas admis à une enchère*... eux qui, encore une fois, réduits aux impuissantes ressources de leur part réservataire, auraient répondu, avant tout, qu'ils ne voulaient pas y faire plus grande brèche en occasionnant ce surcroît de frais ; eux qui n'avaient pas la première obole pour enchérir, et surtout pour payer leurs co-partprenants ; eux qui auraient conjuré comme un vrai malheur une adjudication à leur charge ; eux qui, en tous cas, n'auraient acheté que pour revendre ; eux enfin à qui des valeurs en argent pouvaient seules convenir !...

DUBERNET DE BOSCQ.

OBSERVATIONS

CONTRE LA JURISPRUDENCE NOUVELLE DE LA COUR DE CASSATION SUR LES REPRISES DE LA FEMME MARIÉE SOUS LE RÉGIME DE LA COMMUNAUTÉ.

Par M. Serrigny, professeur à la Faculté de droit de Dijon.

Les lecteurs de la *Revue critique de jurisprudence* connaissent les deux articles remarquables de M. P. Pont[1] sur l'arrêt célèbre de la Cour de cassation, du 15 février 1853[2], qui accorde à la femme mariée le droit d'exercer ses reprises à titre de propriété, même à l'égard des créanciers, soit qu'elle accepte, soit qu'elle renonce; ce qui lui confère un privilége à l'encontre des créanciers du mari.

Comme je partage l'opinion du plus grand nombre des jurisconsultes qui ont été confondus d'étonnement à la lecture de ces nouveautés, je demande la permission d'examiner la question à mon point de vue, et sans répéter les excellents arguments de M. Pont.

Ce qui m'étonne le plus dans cette discussion, c'est qu'un aussi excellent esprit, un jurisconsulte aussi distingué que l'avocat général Nicias Gaillard, dont le jugement est ordinairement si sûr, ait conclu en faveur de l'arrêt du 15 février 1853. Je demande pardon de m'écarter ici de son opinion. *Amicus Plato, sed magis amica veritas.*

Il me serait facile de faire de l'érudition et d'ajouter aux arguments tirés des anciens auteurs. Je laisse de côté tout cela, considérant cette matière comme suffisamment élaborée par ceux qui m'ont précédé. Mon intention est de m'attacher principalement à démontrer combien la nouvelle jurisprudence est contraire aux dispositions de notre Code et à quelles conséquences désastreuses elle conduit.

Le premier principe du droit, celui sur lequel reposent toutes les relations des hommes en société, est celui qui est formulé dans l'art. 2092 du Code Napoléon, à savoir : que quiconque s'est obligé personnellement est tenu de remplir ses engagements sur tous ses biens mobiliers et immobiliers, présents et à venir.

---

[1] V. Tom. III, p. 436 et suiv., et t. IV, p. 522 et suiv.

[2] V. Devilleneuve, 53, 1, 145; et autre arrêt du 11 avril 1854, *ib.*, 54, 1, 161.

On s'oblige non-seulement par les engagements que l'on contracte directement, mais par ceux contractés par l'intermédiaire d'un mandataire qui a le pouvoir de nous obliger (art. 1998 C. N.). Ainsi, dans une société ordinaire, l'associé chargé de l'administration par une clause spéciale du contrat de société, peut faire tous les actes qui dépendent de son administration (art. 1836); cas auquel il oblige évidemment la société. Il importe peu que le mandataire soit choisi expressément par le mandant, ou qu'il lui soit imposé par la loi. Ainsi, le tuteur oblige le mineur dans la mesure des pouvoirs qui lui sont conférés par la loi.

Dans la société conjugale, le mari est le chef et l'administrateur de l'association; il administre tous les biens de la société; il peut les vendre, aliéner et hypothéquer sans le consentement de sa femme (art. 1421, C. Nap.); ce mandat lui vient de la volonté expresse de la femme qui s'est mariée sous ce régime, et qui en a accepté les clauses rédigées dans la loi, et du législateur qui a pris soin de déterminer les pouvoirs du chef de cette espèce de société composée de deux membres, dans laquelle la résistance ou seulement l'inertie de l'un aurait paralysé toutes les affaires, si la loi n'avait pas institué un administrateur avec la voix prépondérante.

La conséquence logique de cette organisation sociale devait être que chacun des associés serait tenu personnellement et pour moitié des engagements contractés par le mari gérant, comme cela se rencontre dans toute autre société civile. Aussi était-ce la conséquence adoptée par nos anciennes coutumes.

Cette conséquence parut dans la suite onéreuse à la femme, dont la position était dépendante de l'influence maritale. Un premier remède pour corriger cet inconvénient, consista dans le droit de renonciation accordé à la femme commune. Nos auteurs nous apprennent que « anciennement les femmes n'avaient pas la « faculté de renoncer à la communauté. L'origine de cette faculté « se rapporte aux croisades; elle fut accordée d'abord aux veuves « des gentilshommes qui contractaient alors des dettes considé« rables pour leurs voyages d'outre-mer, et ensuite on l'étendit « à toutes les autres veuves[1]. »

Cette faculté de se dégager des dettes de la communauté en renonçant, laissait la femme acceptante sous les liens des engagements contractés par le mari, pour la moitié à elle dévolue ; et, pour cette moitié, elle était obligée sur ses biens personnels, même *ultra vires*, sans avoir la ressource du bénéfice d'inventaire. Ainsi que le fait remarquer M. Pont [1], ce ne fut que la coutume de Paris, réformée en 1580, qui accorda à la femme acceptante un bénéfice d'inventaire analogue à celui de l'héritier bénéficiaire, à savoir : de n'être pas tenue des dettes de la communauté *ultra vires emolumenti*. J'ajouterai que notre coutume de Bourgogne, rédigée en 1459, qui n'a point été réformée comme celle de Paris, avait adopté sur ce point la règle de l'ancienne coutume de Paris de 1510. « En Bourgogne, l'acceptation, soit expresse, soit statu« taire de la communauté, est plus onéreuse qu'à Paris ; là, une « femme ou ses héritiers ne sont tenus *que jusqu'à concurrence « de la communauté*. En Bourgogne, ils doivent une moitié des « dettes *indéfiniment et en plein*, *quand cette moitié excé« derait ses biens*, c'est-à-dire la succession entière de la femme [2]. »

---

[1] V. L'*Ancien Répert. de Jurisp.*, v° *Renonciation*.

Il fallut donc une deuxième dérogation au droit commun sur les effets des engagements personnels, pour garantir la femme des suites de son acceptation. C'est ce qui fut fait en limitant les effets de ses engagements par la faculté d'accepter la communauté *à bénéfice d'inventaire*, introduite dans la coutume réformée de Paris, en 1580, bénéfice d'inventaire qui a passé dans l'art. 1483, C. Nap.

Voilà tous les bénéfices que l'ancienne législation et le Code Napoléon (tel qu'il a été appliqué pendant près d'un demi-siècle) ont accordés à la femme commune, savoir : 1° faculté de renoncer à la communauté ; 2° faculté d'accepter la communauté à bénéfice d'inventaire ; et ces deux avantages sont énormes. Ajoutez-y l'hypothèque légale sur les biens du mari, et il faut convenir que les droits de la femme étaient sauvegardés dans une juste mesure, au moins avant le développement considérable qu'a pris la propriété mobilière dans ces derniers temps.

La Cour de cassation vient d'y ajouter, de son chef, un droit de privilége, sous le nom de droit de propriété, soit au cas d'acceptation, soit au cas de renonciation, droit qui renverse toutes les dispositions de notre Code et tout le système de notre législation.

Un second principe non moins incontestable que celui de l'art. 2092, est celui de l'art. 2093, suivant lequel les biens d'un débiteur sont le gage commun de ses créanciers; et le prix s'en distribue entre eux par contribution, à moins qu'il n'y ait entre les créanciers des causes légitimes de préférence, c'est-à-dire des priviléges et hypothèques (art. 2094.)

---

[1] V. *Revue*, t. IV, p. 549.

[2] V. *Traité de droit français à l'usage du duché de Bourgogne*, par Davot, t. VII, p. 151.

Y a-t-il dans notre Code des textes qui accordent à la femme un privilége sur les meubles ou les immeubles de son mari? Nullement; cela est d'autant plus remarquable, que la fameuse loi *Assiduis* 12, au Code, tit. *qui potiores in pign.*, accordait à la femme cette hypothèque privilégiée envers et contre tous les créanciers du mari : *potiora jura contra omnes habere mariti creditores, licet anterioris sint temporis privilegio vallati.*

Mais, a dit la Cour de cassation, la femme a, pour l'exercice de ses reprises, un droit supérieur à celui du privilége; elle a un droit de propriété jusqu'à concurrence de ces reprises; et ce droit de propriété repose, en cas d'acceptation, sur les art. 1470, 1471 et 1483, Code Napoléon; et, en cas de renonciation, sur les mêmes articles, à eux joint l'art. 1493, *ib.*

On a déjà répondu que les art. 1470 et 1471 ne prouvent absolument rien à l'encontre des droits des créanciers. Ces articles sont placés sous la rubrique *du partage de l'actif*, et ils n'ont évidemment pour objet que de régler les droits des époux entre eux, et nullement à l'égard de leurs créanciers; c'est seulement sous le paragraphe suivant, qui traite *du passif de la communauté et de la contribution aux dettes*, que la loi s'occupe des droits respectifs des époux et de leurs créanciers.

Que la femme et le mari exercent leurs prélèvements à titre de propriété ou à titre de créance, cela n'a aucune espèce d'influence sur les rapports des époux avec les créanciers de la communauté. Dans les partages entre cohéritiers, les prélèvements s'exercent aussi à titre de propriété (art. 830 et 831, C. N.); il en est de même dans les partages entre associés (art. 1872, *ib.*). Est-ce que, pour cela, on s'est jamais avisé de prétendre que les cohéritiers et les associés devaient exercer leurs prélèvements avant le paiement des dettes, et par privilége sur les créanciers de l'hérédité ou de la société? Évidemment non; donc l'argument tiré des articles 1470 et 1471 ne prouve rien contre les créanciers de la communauté.

En veut-on encore une preuve décisive? Ces articles 1470 et 1471 accordent le prélèvement, non-seulement à la femme, mais aussi au mari ; seulement, les prélèvements de la femme s'exercent avant ceux du mari (art. 1471), et le mari ne peut exercer ses reprises que sur les biens de la communauté, tandis que la femme exerce les siennes, au besoin, sur les biens personnels du mari (art. 1472). Or, personne n'a prétendu, à ma connaissance, que le droit qu'a le mari d'exercer ses reprises à titre de propriété sur les biens de la communauté, soit de nature à lui donner un droit de préférence ou de privilége sur les créanciers de la communauté, donc il en doit être de même de la femme.

On me répondra sans doute que le mari est obligé personnellement vis-à-vis des créanciers de la communauté, et que, dès lors, il ne peut primer ceux vis-à-vis desquels il est dans les liens d'une obligation personnelle.

La réponse ne serait pas concluante : car, d'une part, la femme acceptante est obligée pour moitié vis-à-vis des mêmes créanciers ; d'autre part, elle peut s'être obligée expressément et solidairement pour toute la dette (art. 1487, C. N.) ; et cette circonstance n'apporterait aucune limitation au droit de reprises et de prélèvements réglé par les art. 1470 et 1471. Donc ces articles doivent être sans aucune espèce d'influence sur la question du privilége de la femme par rapport aux créanciers du mari ou de la communauté.

On l'a bien senti, et l'on s'est rejeté dans l'art. 1483, suivant lequel « la femme n'est tenue des dettes de la communauté, soit « à l'égard de son mari, soit à l'égard des créanciers, *que jusqu'à concurrence de son émolument*, pourvu qu'il y ait eu bon et « fidèle inventaire, et en rendant compte tant du contenu de cet « inventaire que de ce qui lui est échu par le partage. »

Cette objection n'a aucune espèce de valeur. Comme la communauté conjugale était inconnue chez les Romains, on n'avait pas eu l'idée d'appliquer à la femme la loi 22, Cod. *de jure deliberandi*. Cette communauté étant d'origine germanique, ce ne fut que par succession des temps que l'on en vint à donner le bénéfice d'inventaire à la femme commune, comme on l'avait donné à l'héritier dans le droit romain, pour le garantir des conséquences désastreuses de son acceptation. Mais, de même que ce bénéfice n'avait pas eu pour effet d'attribuer à l'héritier le privilége de se faire payer ce qui lui était dû par la succession à titre de préférence aux autres créanciers ; de même ce bénéfice n'a pas eu et ne doit pas avoir pour la femme l'avantage de se faire payer ses droits et reprises contre la communauté par privilége et préférence aux créanciers de cette même communauté. Il suffit, pour en être convaincu, de comparer l'art. 802 à l'art. 1483, comme nous avons comparé les art. 830 et 831 aux art. 1470 et 1471 : « L'effet du bénéfice d'inventaire « est de donner à l'héritier l'avantage, 1° de n'être tenu des « dettes de la succession que *jusqu'à concurrence de la valeur des « biens qu'il a recueillis.* » (Art. 802.)

On voit, par là, que la femme commune ne peut être tenue que *jusqu'à concurrence de son émolument*, comme l'héritier bénéficiaire ne peut être tenu que *jusqu'à concurrence des biens qu'il a recueillis*. En quoi donc ce bénéfice d'inventaire pourrait-il conférer à la femme un privilége qu'il ne confère point à l'héritier? ou plutôt, quel rapport y a-t-il entre ce bénéfice d'inventaire et le privilége d'être payée par préférence aux créanciers de la communauté? Notre Code, conformément à la coutume réformée de Paris, a voulu fournir à la femme acceptante l'avantage de n'être pas tenue des dettes de la communauté *ultra vires emolumenti*, avantage analogue à celui dont jouissait l'héritier de n'être pas tenu des dettes de la succession *ultra vires emolumenti*, et l'on en conclut que la loi a voulu procurer à la femme mariée le privilége d'être payée avant tous les créanciers de la communauté! Encore une fois, quelle relation, quelle conséquence y a-t-il entre la prémisse et la conclusion? il n'y en a pas la plus légère, ni dans les termes, ni dans l'esprit de la loi. L'art. 1483, dont les partisans de l'opinion adoptée par la Cour de cassation ont fait tant de bruit, n'a aucune espèce de rapport, ni de près, ni de loin, avec la question agitée du droit de privilége de la femme à l'encontre des créanciers de la communauté, pas plus que l'art. 802 n'a de rapport avec un prétendu privilége de l'héritier bénéficiaire sur les biens de l'hérédité. En comparant les termes de l'art. 802 avec ceux de l'art. 1483, on trouve bien quelques légères différences entre la position de l'héritier bénéficiaire et celle de la femme bénéficiaire; mais ces différences n'ont pas trait à ce point énorme, que la femme serait privilégiée et que l'héritier ne le serait pas.

Le système de la Cour de cassation fausse donc de la manière la plus claire et la plus évidente les art. 1470, 1471 et 1483, et viole les art. 2093 et 2094, Code Napoléon, dans le cas où la femme accepte la communauté, après avoir fait inventaire.

C'est bien autre chose quand la femme a renoncé à la communauté. Jusqu'ici tous les jurisconsultes avaient cru que la femme devenait étrangère à la communauté. Sans entrer dans les subtilités que la maxime *mulier non est socia, sed speratur fore,* fait naître au sujet de la femme mariée sous le régime de la communauté, avant la dissolution de ce régime, on était d'accord qu'après la renonciation de la femme, elle ne conservait plus de droit sur les biens de la ci-devant communauté. « La femme qui « renonce *perd toute espèce de droit sur les biens de la commu-« nauté,* et même sur le mobilier qui y est entré de son chef. — « Elle retire *seulement* les linges et hardes à son usage person-« nel. » (Art. 1492.)

L'art. 1493 donne, il est vrai, à la femme le droit *de reprendre:* 1° les immeubles à elle appartenant; 2° le prix de ses immeubles aliénés; 3° toutes les indemnités qui peuvent lui être dues par la communauté. Mais à quel titre exercera-t-elle ces reprises? Est-ce à titre de propriétaire? est-ce à titre de créancière? La question est complexe, et la réponse, pour être exacte, doit se diviser comme la demande. S'agit-il des immeubles restés propres à la femme? Il est bien évident qu'elle les reprend à titre de propriété, car elle n'a jamais cessé d'en être propriétaire. Aussi la loi dit-elle qu'elle a droit de reprendre les immeubles *à elle appartenant:* nulle difficulté en ce cas-là.

Quant au prix de ses immeubles et aux indemnités qui peuvent lui être dues, il me semble évident qu'elle les reprend à titre de créance et non à titre de propriété. Ici les art. 1470 et suivants doivent être mis de côté, puisqu'ils sont faits pour le cas d'acceptation et non pour le cas de renonciation. Ce qui le prouve, c'est que l'art. 1495 nous apprend que « la femme peut exercer « toutes les actions et *reprises* ci-dessus détaillées, tant sur les « biens de la communauté *que sur les biens personnels du mari.* » Il est incontestable que les *reprises* exercées sur les biens personnels du mari n'ont pas lieu à titre de propriétaire : donc il en est de même de celles exercées sur les biens de la ci-devant communauté, puisque le texte s'exprime de même sur les unes et sur les autres.

L'art. 1495 répond à un argument tiré du mot *reprendre* employé dans l'art. 1492, et qui consisterait à dire que *reprendre* ce qui provient de nous, c'est le prendre à titre de propriétaire et non de créancier : un créancier ne prend pas de nouveau ce que lui doit son débiteur, il le reçoit en paiement ; donc, dira-t-on, le mot *reprendre* suppose l'appréhension à titre de propriétaire.

A cela, les réponses se présentent en foule : La loi s'est servi du mot *reprendre*, parce que son sens était plus étendu que celui de tout autre mot et qu'il répondait mieux aux situations diverses de la femme. En effet, celle-ci pouvait avoir à retirer des immeubles propres *à elle appartenant*, cas auquel elle ne fait qu'emporter sa chose à titre de propriétaire ; c'est l'une des hypothèses contenues dans l'art. 1493. La femme pouvait avoir des créances à exercer contre son mari resté seul propriétaire des biens de la communauté confondus avec les siens propres ; la loi embrasse cette autre hypothèse dans la formule générale exprimée par le verbe *reprendre*. Mais ce qui prouve que ce mot n'exprime pas, pour le législateur, la seule idée de la reprise à titre de propriétaire, c'est que, dans l'art. 1495, il dit que les *reprises* ci-dessus détaillées peuvent s'exercer tant sur les biens de la communauté *que sur les biens personnels du mari*. Donc, le mot *reprises*, employé dans l'art. 1495 pour rendre l'idée attachée au verbe *reprendre* dans l'art. 1493, ne signifie pas que le prix des immeubles aliénés et les indemnités dues à la femme seront exercés à titre de propriété, puisque ce mode est inapplicable aux biens personnels du mari.

Si l'on objecte qu'il faut distinguer entre les reprises sur les biens de la communauté et les reprises sur les biens personnels du mari, que les premières ont lieu à titre de propriété et les secondes à titre de créance seulement, la réponse à cette objection serait que cette distinction est purement divinatoire et que rien dans la loi ne la justifie.

L'exercice des reprises de la femme, à titre de propriétaire, suppose l'action en revendication. Or, comment appliquer la revendication à des reprises qui consisteraient dans des sommes d'argent versées au mari et consommées. On suppose que cet argent a été consommé, puisque l'on fait porter les reprises de la femme sur des objets mobiliers ou immobiliers, acquis par le mari, sans mention d'origine dans les titres, et même le plus souvent sans titre, s'il s'agit de meubles. Or, il est élémentaire en droit que la revendication ne s'applique pas aux choses que le droit romain appelle *consumptæ*. On doit alors agir par une action essentiellement personnelle, *condictio*. Je pourrais citer cent textes ; je me contenterai de la loi 3, Cod. *de condictione ex lege : mala fide possidens de proprietate victus*, *de extantibus* *fontibus rei vindicatione, de consumptis verò condictione conventus, eorum restitutioni parere compellitur.*

Dans quel ordre se feront les reprises de la femme renonçante? Faudra-t-il suivre l'ordre indiqué par l'art. 1471? Mais cet article n'est fait que pour le cas de l'acceptation et non pour celui de la renonciation; et il est impossible, en bonne logique, d'étendre des dispositions de droit purement arbitraire, faites pour un cas spécial, à un autre cas qui n'a rien de commun avec le premier.

Puisque le mode des reprises de la femme renonçante est différent, selon qu'il est exercé sur les biens de la ci-devant communauté ou sur les biens personnels du mari; que, dans le premier cas, la femme primerait, suivant la nouvelle jurisprudence, tous les créanciers du mari, tandis que dans le second elle viendrait à contribution, il faudrait, de toute nécessité, faire une liquidation de la communauté et arriver à séparer les biens propres du mari et ceux provenant de la communauté répudiée par la femme. Or, comprend-on les difficultés, les impossibilités pratiques absolues d'une pareille opération? Cela seul suffirait pour faire rejeter le système nouvellement inventé par la Cour de cassation.

Les reprises exercées par la femme reconçante, à titre de propriété sur les biens de l'ancienne communauté, s'appliqueraient aussi bien aux immeubles qu'aux meubles. Voilà donc la femme qui, après la dissolution de la communauté et sa renonciation, sera copropriétaire avec son mari des biens immeubles de cette ci-devant communauté. Or, le mari, par l'effet de la dissolution, a perdu le mandat que lui donnait l'art. 1421; il ne pourra plus ni vendre, ni aliéner, ni hypothéquer ses immeubles. Comment les tiers seront-ils avertis de cette situation? Que devient le système de l'hypothèque légale tacite de la femme? Si la femme renonçante est toujours copropriétaire des biens de la communauté, elle suivra les aliénations faites par son mari entre les mains des tiers détenteurs; ceux-ci n'auront aucun moyen de purger les droits de la femme, puisque le droit de propriété ne se purge pas au profit des tiers, autrement que par la prescription ordinaire.

Si la femme est propriétaire jusqu'à concurrence de ses reprises, il faudra conclure encore, 1° que le mari ou ses héritiers ne pourront pas se libérer en argent, car nul ne peut être exproprié de sa chose, si ce n'est pour cause d'utilité publique ; et il a fallu une loi spéciale pour autoriser le rachat forcé de simples droits d'usage, à titre de cantonnement ou à prix d'argent (Code for., art. 63 et 64) ;

2° Que la femme renonçante, copropriétaire par indivis jusqu'à concurrence de ses reprises, pourra provoquer le partage ou la licitation des biens de la ci-devant communauté, car nul n'est tenu de rester dans l'indivision ;

3° Que la perte arrivée par cas fortuit, ou la simple dépréciation ou augmentation de valeur de ces biens, nuira ou profitera à la femme, d'après la maxime *res perit domino.*

Or, personne n'a encore soutenu toutes ces conséquences qui découlent nécessairement, invinciblement du système de la Cour de cassation. Donc, ce système est le renversement complet de notre législation.

Aucune de ces conséquences n'est possible dans le système opposé, qui repose sur le texte formel de l'art. 1492, suivant lequel, « la femme qui renonce *perd toute espèce de droit sur les biens de la communauté.* »

Le système des reprises à titre de propriété ne produirait pas toutes les conséquences ci-dessus, dont plusieurs sont si désastreuses, lorsque les reprises sont exercées sur les effets mobiliers de l'ancienne communauté ; car, en ce qui concerne les aliénations faites par le mari, les tiers acquéreurs se trouveraient protégés par la règle de l'art. 2279, Cod. Nap. « En fait de meubles, la possession vaut titre. » Mais il aurait des conséquences non moins graves, quant aux créanciers du mari et de la communauté. Ces conséquences sont de faire primer par la femme tous les créanciers même les plus privilégiés. Ainsi, la femme passera avant les créances du trésor public pour contributions directes ou indirectes, avant les créanciers de l'art. 2101 et 2102 du Code Napoléon, c'est-à-dire avant les frais de justice, les frais funéraires, les frais de dernière maladie, les salaires des gens de service, les fournitures de subsistances faites à la famille, les loyers et fermages dus au locateur, etc., etc.

Or, qui ne sent combien cela est monstrueux ? La servante gagée par la femme, le médecin appelé pour lui rendre des soins, les fournisseurs qui l'ont nourrie, tous ceux-là et bien d'autres autant ou plus favorisés viendront après la femme, s'ils n'ont pas eu le soin de prendre son engagement écrit et solidaire ;

elle leur répondra qu'ils ont travaillé pour la communauté dont toutes les charges restent au mari par l'effet de la renonciation; qu'ils aient à se faire payer par le mari, ruiné peut-être par les prodigalités de sa femme, comme cela se voit si souvent. On entend quelquefois les femmes se plaindre de ce que les lois étant faites par les hommes sont tout à l'avantage de ceux-ci. A coup sûr, elles ne se plaindront pas de la loi nouvelle que fait la Cour de cassation. Elle va bien autrement loin que la loi *Assiduis*, Cod. *qui potiores in pign..*, attribuée à l'influence pernicieuse de la comédienne Théodora et de ses amies. Encore cette loi avait-elle pour excuse le régime dotal, sous lequel le mari avait les chances de gain comme les chances de perte; tandis que, sous notre régime de communauté, tel que le fait la Cour de cassation, la femme aurait toutes les bonnes chances, sans en avoir aucune des mauvaises.

Le nouveau système détruit le régime de la communauté, tel que l'a fait le Code, conforme à nos vieilles traditions. Le Code a voulu que le mari fût le maître des biens de la communauté; qu'il pût les vendre et les aliéner (art. 1421). D'après la nouvelle jurisprudence, ce sera la femme qui sera complétement la maîtresse. En effet, cela est de toute évidence, si le mari ne peut faire venir un médecin, gager un domestique, faire acheter du pain, du vin, louer une maison sans l'obligation par écrit de sa femme. Or, il ne le pourra pas, si les reprises de sa femme sont de nature à faire craindre qu'il ne puisse les remplir. Un homme a épousé une femme qui lui a apporté, soit en dot, soit par succession, dix, vingt, trente, quarante, cent mille francs de rente en capitaux qu'il administre. S'il n'a pas une fortune personnelle en dehors de ce qu'il doit à sa femme, personne ne pourra avec sûreté rien vendre à crédit, ni traiter avec le mari ou la femme, sans l'engagement solidaire de celle-ci. Cela se comprend bien pour les emprunts; mais je dis que cela est intolérable pour les créances privilégiées des art. 2101 et 2102, Cod. Nap., pour les frais de justice, les frais funéraires, ceux de médecin, de pharmacien, pour les gages de domestiques, les frais de fourniture de subsistances à la famille, le loyer de la maison qu'elle occupe, etc.

Ainsi, la loi dit que le mari est le maître de la communauté, et la jurisprudence nouvelle dit, au contraire, qu'il ne peut pas, sans le concours de sa femme, obliger les biens de cette communauté, même pour payer un médecin ou une servante! Ainsi, quand le choléra exerce des ravages en France, comme en ce moment, les médecins, les pharmaciens, les domestiques doivent savoir qu'avant de fournir leurs soins ou leurs médicaments, ils devront obtenir l'engagement solidaire et par écrit des femmes mariées sous le régime de la communauté, s'ils ne veulent pas s'exposer à voir les femmes ou leurs héritiers se dispenser de les payer, en se pavanant dans leur luxe, après avoir absorbé tout l'actif de la communauté.

L'arrêt du 15 février 1853 détruit non-seulement tous ces priviléges, y compris celui du trésor public, mais il va produire d'autres conséquences désastreuses sur la perception des droits d'enregistrement.

Ainsi, avant cet arrêt, la Cour de cassation jugeait constamment, et avec raison, qu'il était dû un droit de mutation immobilière, toutes les fois que le mari abandonnait des immeubles de la société à la femme renonçante pour la remplir de ses reprises [1]. Il en sera autrement dans l'avenir, si la femme exerce ses reprises à titre de propriétaire. Aussi, la Cour de cassation a-t-elle admis cette conséquence et reviré de bord sur ce point depuis son arrêt du 15 février 1853 [2].

Une autre conséquence qu'il faudra également admettre, c'est que la valeur des reprises de la femme renonçante devra être déduite du montant des biens de la communauté restés au mari, quand il s'agira de percevoir le droit de transmission par décès du mari à ses héritiers. Tant que cette femme n'exerçait ses reprises qu'à titre de créance, il n'y avait pas lieu d'en déduire le montant, à cause des dispositions de la loi du 22 frimaire an VII, art. 14, n° 8, et art. 15, n° 7, suivant lesquelles la valeur des biens transmis par décès s'estime *sans distinction des charges*. Les reprises de la femme étant alors considérées comme dettes étaient comprises dans *les charges* du mari et n'étaient pas distinctes. Du jour où l'on admettra que la femme renonçante exerce ses reprises *à titre de propriétairs*, il faudra les retrancher des biens de la communauté, et les droits de mutation à payer par les héritiers du mari seront diminués d'autant. Qu'en dira la régie de l'enregistrement? Et qu'en dira la Cour de cassation, qui est au moins aussi fiscale que cette régie? Ne reculera-t-elle pas devant cette seconde conséquence, comme elle n'a pas reculé devant celle signalée plus haut?

---

[1] V. Arrêts des 22 mars 1837; M. Devillen., 38, 1, 145; 28 août 1838; *ib.*, 38, 1, 809.

[2] V. Arrêt du 16 juillet 1854, qui n'est pas encore dans les recueils.

La nouveauté introduite par la Cour de cassation amène une inégalité choquante dans la condition des femmes, selon qu'elles seront mariées sous le régime communal, ou sous le régime dotal. Il n'est pas encore question d'accorder aux femmes mariées sous le régime dotal le privilége exorbitant imaginé en faveur des femmes mariées sous le régime de la communauté, puisque les art. 1470, 1491, 1483 et 1493 sont placés sous le chapitre *du régime en communauté*, et sont étrangers au chapitre du *régime dotal*. S'il en est ainsi, je demande qu'on m'explique la raison de cette différence, suivant laquelle la femme commune aura un privilége sur les meubles et les immeubles de la communauté, tandis que la femme dotale en sera déchue? Si on voulait rétablir la loi *Assiduis,* il semble que c'était plutôt en faveur de la femme dotale que de la femme commune; celle-ci ayant toutes les chances de gain que peut apporter l'association conjugale, tandis que l'autre n'en a aucune, tous les acquêts restant au mari.

La nouveauté introduite par la Cour de cassation n'a pas seulement l'énorme inconvénient de renverser tous les fondements de notre législation en matière d'obligations, de priviléges, de propriété, de communauté, de droits fiscaux, etc., elle va directement contre les lois générales de l'humanité et de l'ordre moral, telles que l'histoire du droit nous les révèle.

La première des lois de l'ordre moral, c'est que chaque être doué de raison porte la responsabilité de ses actes; qu'il puisse agir librement, sauf à subir les conséquences de ses actions. L'humanité, prise en masse, a eu ses temps d'enfance et de tutelle, de même que les individus ont leurs périodes d'enfance et de virilité. Ainsi les femmes, dans l'ancien droit romain, étaient en tutelle perpétuelle [1]. Plus tard, elles ont été mises par le sénatus-consulte velléien dans l'impossibilité de s'obliger pour autrui. Les fils de famille ont été déclarés, par le sénatus-consulte macédonien, incapables de s'obliger pour cause d'emprunt. Toutes ces incapacités ont été détruites par le temps, qui, en ces points, a donné l'émancipation des femmes et des fils de famille. Les choses en vont-elles plus mal? Personne, que je sache, ne le soutient et ne demande le retour de ces obstacles au libre effet de la personnalité humaine.

---

[1] Mulieres omnes propter infirmitatem consilii, majores in tutorum potestate esse voluerunt : hi invenerunt genera tutorum, quæ potestate mulierum continerentur. Cic., *pro Murenâ*, c. XII. V. etiam *Caii Instit.*, 1, 190 et seq.

La Cour de cassation a créé une autre incapacité qui n'est pas dans nos lois, celle des femmes mariées sous le régime dotal, que, depuis son arrêt du 1er février 1819 elle déclare incapables de s'obliger avec effet sur leurs biens dotaux même mobiliers. Le régime dotal en lui-même était déjà, à mon avis, une chose assez fâcheuse, sans qu'il fût aggravé par cette conséquence extralégale. Il suffit, pour en être convaincu, de lire attentivement les Recueils d'arrêts, et de voir les difficultés incessantes qui en naissent. Pour juger les effets du régime de la communauté et sa supériorité sur le régime dotal, il ne faut que comparer le nord avec le midi de la France. Je suis pleinement convaincu que l'une des causes de cette différence en richesses et en lumières, signalée depuis longtemps par M. Ch. Dupin, vient de la supériorité du régime de la communauté sur le régime dotal.

Après avoir aggravé le régime dotal, la Cour de cassation dénature le régime de la communauté, en en faisant sortir des conséquences qu'il ne renferme pas. En effet, le privilége nouveau qu'elle accorde à la femme commune, de venir par préférence à tous les créanciers même privilégiés, est une offense à toutes les idées de justice et de saine moralité. Quoi de plus offensant pour la morale, que de voir la femme renonçante prendre les biens de la communauté au préjudice du médecin qu'elle a fait appeler pour donner des soins à elle et à sa famille, de la domestique qu'elle a louée et qui lui a rendu des services? Je pourrais faire le même rapprochement sur la plupart des autres créanciers privilégiés. Ce système est encore immoral, toujours à mon point de vue, en ce qu'il permet à la femme commune de paralyser tous les engagements consentis par le mari avec l'assentiment de la femme qui l'a choisi pour chef de la communauté.

Il est possible cependant qu'un motif secret, louable et de nature à être pris en considération, ait influé sur la Cour de cassation. Elle a pu se dire : la propriété mobilière a pris un prodigieux accroissement en France depuis cinquante ans. Les droits des femmes ne sont plus suffisamment sauvegardés par l'hypothèque légale sur les immeubles de son mari. Voyons donc s'il n'y aurait pas moyen de trouver dans notre Code des textes qui pussent garantir les droits des femmes, en leur conférant un privilége sur les biens mobiliers de leurs maris. Et alors, pénétrée de cette idée qui peut avoir un côté vrai, la Cour de cassation a pu se jeter dans le système des reprises à titre de propriété, pour justifier le privilége qui lui a paru équitable.

Quand on a demandé à cette Cour de faire l'application de sa nouvelle théorie aux femmes des commerçants tombés en faillite, elle a reculé et refusé de suivre jusque-là les conséquences de sa nouvelle théorie [1], bien que les textes de lois fussent les mêmes, et que les dispositions spéciales du Code de commerce fussent étrangères à la nature et au mode des reprises des femmes des commerçants. La Cour de cassation, qui fait ici la loi, aura pensé qu'il n'était pas convenable de l'étendre aux matières commerciales, dans lesquelles le crédit joue un très-grand rôle et a plus besoin d'être ménagé, et l'on ne peut que lui savoir gré de cette sage inconséquence.

Quant à l'idée de donner des priviléges aux incapables, mineurs, interdits, femmes mariées, sur les biens mobiliers de leurs administrateurs, c'est-à-dire des tuteurs et maris, je reconnais qu'elle peut avoir quelque chose de fondé. Mais la création des priviléges est une matière si délicate et qui a tellement besoin d'être réglementée, qu'il est nécessaire de recourir à l'omnipotence du législateur. Il faut spécifier le rang des priviléges, l'étendue des créances privilégiées, et les objets sur lesquels le privilége doit porter. Rien de tout cela ne peut se faire par voie d'interprétation, il faut recourir au grand machiniste dont le concours est ici nécessaire,

Depuis que la loi du 1er avril 1837 a donné à la Cour de cassation le dernier mot sur l'interprétation des lois par voie doctrinale ou judiciaire, ceux qui lisent attentivement ses arrêts peuvent voir qu'elle agit un peu comme le préteur à Rome, qui complétait et tempérait le droit civil. Elle la fait souvent avec utilité ; mais dans la question qui nous occupe, rien ne me semble plus malencontreux que ses innovations, et je suis pleinement convaincu qu'elle sera obligée d'abandonner la voie désastreuse dans laquelle elle s'est engagée. J'espère que ceux qui auront lu ces réflexions auront la même opinion que moi.

SERRIGNY.

---

[1] V. arrêt du 24 janv. 1854; Devill., 54, 1, 166.

ÉTUDES CRITIQUES

SUR LES ORIGINES ROMAINES DU DROIT FRANÇAIS.

(Suite [1].)

Par M. Gabriel **Demante**, professeur suppléant à la Faculté de droit
de Toulouse.

IV. De l'hypothèque légale des légataires.

Les légataires ont-ils, sur les immeubles de la succession, une hypothèque légale distincte du droit de séparation des patrimoines?

Telle est la question que je me propose d'examiner.

La plupart des auteurs enseignent l'affirmative [2]. Ils se fondent sur l'existence de cette hypothèque dans l'ancien Droit et sur le texte de l'art. 1017 Code Nap., qui en suppose le maintien. En même temps, on dit que le Code Napoléon a mal à propos accordé aux légataires la faculté d'agir «*hypothécairement pour le tout*,» contre chaque héritier [3]. « En cela, dit-on avec Pothier, les legs « diffèrent des dettes; et la raison de différence est sensible. Les « dettes ont été contractées pour le total par le défunt qui y a « hypothéqué tous et chacun de ses biens; et, par conséquent, « chaque portion des biens auxquels chaque héritier succède se « trouve hypothéquée au total des dettes. Au contraire, l'obliga- « tion qui résulte des legs n'a été contractée que divisément, dès « son commencement, par chacun des héritiers qui en sont « tenus; et, par conséquent, la partie des biens auxquels chacun « a succédé, ne peut être hypothéquée qu'à la part dont il est « tenu des legs [4]. »

---

[1] V. la *Revue*, t. IV, p. 448 et s.

[2] V. Merlin, *Répertoire*, vº *Hypothèque*, sect. II, § 3, art. 4, nº 5. — Delvincourt, t. II, p. 364. — MM. Persil, *Régime hypothécaire*, sur l'art. 2121, nºs 44-47. — Troplong, *Hypothèques*, t. II, nº 432 *ter*. — Demante, *Programme*, t. III, nº 967. — Cabantous, *Revue de Législation*, t. IV (1836), p. 39 et s. — Bonnier, *ibid.*, t. XIV (1841), p. 485, à la note. — Du Caurroy, Bonnier et Roustain, t. II, nº 766. — Taulier, t. VII, p. 240.— En sens contraire: Toullier, t. V, nºs 567-569. — MM. Duranton, t. IX, nº 386. — Aubry et Rau, sur Zachariæ, t. V, § 722, note 22. — Paris, 14 novembre 1838 (*Pal.*, t. I de 1839, p. 57).

[3] V. MM. Marcadé, sur l'art. 1017, I. — Mourlon (1849), t. III, p. 442, à la note.

[4] Pothier, *Introd. à la Cout. d'Orléans*, t. XVI, art. 3, nº 107. Pothier ajoute immédiatement:

« Quoique ces raisons, fondées sur le texte formel de la loi 1 C. *comm.*

Je crois ce système mal fondé dans toutes ses parties, et je vais essayer de démontrer, à l'encontre, les deux propositions suivantes :

I. Les légataires n'ont d'autre hypothèque légale que l'hypothèque virtuellement comprise dans le droit de séparation des patrimoines.

II. La faculté reconnue aux légataires d'agir « *hypothécairement pour le tout* » (art. 1017) contre chacun des héritiers ou autres débiteurs des legs [1], est une saine application du principe de l'indivisibilité de l'hypothèque.

I. Si, en vertu de l'art. 1017 Code Nap., on accorde aux légataires sur les immeubles de la succession une hypothèque légale distincte du droit de séparation des patrimoines, il faut pourtant reconnaître que cette hypothèque, n'étant réglée par aucune disposition spéciale de la loi, est assujettie au principe général de l'inscription et n'a rang que du jour de cette inscription (art. 2134). Cette hypothèque établirait donc inégalité entre les légataires, ce qui est absurde et n'est accepté par personne [2]. Pour échapper à cette conséquence, on dit que l'inscription ne produit ici son effet que « à l'égard des créanciers des héritiers. » Mais sur quoi fonde-t-on cette dérogation au principe général ? sur les principes de la séparation des patrimoines et sur le texte de l'art. 2111. Donc l'art. 1017 est impraticable, si on ne le complète par les art. 2111 et 2113. Cet article, simple précurseur

---

« et sur les vrais principes des obligations et des hypothèques, soient très-« décisives, néanmoins il se trouve quelque arrêt qui a jugé que les im-« meubles tombés au lot de chaque cohéritier étaient hypothéqués au total du « legs. Je ne pense pas qu'on doive s'y arrêter. » Pothier reproduit la même argumentation, d'une manière plus développée, dans son traité *des Donations testamentaires*, chap. v, sect. III, art. 2, § 2. — Nous verrons plus loin ce qu'il faut penser de ces appréciations.

[1] Une fois pour toutes, ce que je dirai des *héritiers* est applicable aux *autres débiteurs d'un legs*.

[2] Quelques-uns enseignent que les créanciers ou légataires, qui se sont inscrits dans les six mois de l'ouverture de la succession, acquièrent un droit de préférence sur les créanciers ou légataires non inscrits ou inscrits tardivement. Ce système peut se défendre, parce que les créanciers ou légataires négligents ont à s'imputer leur inaction, pendant les six premiers mois. Mais pour l'hypothèque légale des légataires, envisagée comme droit distinct de la séparation des patrimoines, la loi n'ayant fixé aucun délai pendant lequel l'inscription produise un effet rétroactif, il est impossible d'appliquer sans discernement le principe de l'art. 2134.

d'un système élaboré plus tard, ne peut donc par lui seul conférer aux légataires un droit propre et spécial[1].

Voilà quant à l'argument tiré du texte de cet article.

Quant à l'argument historique, il n'a ici aucune portée.

Dans l'ancien Droit français, la difficulté qui nous arrête ne pouvait se produire, car l'hypothèque des légataires, naissant au moment du décès du testateur, et s'exerçant indépendamment de l'inscription, laissait subsister l'égalité entre eux et leur assurait nécessairement la priorité sur les créanciers des héritiers. L'hypothèque d'ailleurs n'étant pas aussi nettement définie qu'elle l'est aujourd'hui, et n'étant pas absolument étrangère aux meubles[2], on comprend que le droit de séparation des patrimoines pouvait paraître à peu près inutile aux légataires[3]. Aujourd'hui, au contraire, ce n'est rien faire que d'accorder une hypothèque, si l'on ne règle en même temps les conditions de son inscription. Or les règles sur l'inscription de l'hypothèque, on ne peut les trouver que dans les art. 2111 et 2113. Donc je suis autorisé à conclure que l'art. 1017, en ce qui concerne la garantie hypothécaire des legs, est venu confluer et se perdre entièrement dans la théorie de la séparation des patrimoines.

---

[1] L'art. 1017 formait l'art. 99 du Projet soumis aux tribunaux d'appel. Cet article était suivi d'un art. 100, ainsi conçu : « L'hypothèque du légataire « est légale ; elle résulte de la donation valablement faite, même sous signa« ture privée, dans les formes ci-dessus indiquées. » Le tribunal d'Agen fit l'observation suivante : « Fixer expressément la date de l'hypothèque au jour « du décès du donateur. » Sur cette observation judicieuse, l'art. 100 disparut des Projets subséquents (V. art. 96 du Projet soumis au Conseil d'État, art. 128 de la rédaction communiquée au Tribunat, art. 124 du Projet définitif). Évidemment le règlement de l'hypothèque des légataires a été renvoyé au titre *des Priviléges et Hypothèques*, et ce règlement est aujourd'hui dans les art. 2111 et 2112 ; mais le principe de cette hypothèque a été certainement maintenu par la rédaction actuelle de l'art. 1017. — V. en sens contraire MM. Aubry et Rau, sur Zachariæ, t. V, § 722, note 22.

[2] « *Meubles n'ont point de suite par hypothèque* » (Paris, art. 170. — Loysel, *Instit.*, liv. III, tit. VII, art. 5), ce qui ne revient pas à dire que les meubles ne sont aucunement susceptibles d'hypothèque. Voyez toutefois les explications données par M. Valette, *Priviléges et hypothèques*, n° 129.

[3] Cependant, conformément au Droit romain (l. 4, § 1, l. 6, D. *de separat.* XLII, 6), la faculté de demander la séparation était reconnue aux légataires (V. notamment Despeisses, part. III, tit. II, sect. v, n° 2. — Domat, liv. III, tit. II, sect. I, art. 3. — Pothier, *Coutume d'Orléans*, Introd. au tit. XVII, art. 3, n° 127). Mais, sans doute, cette faculté était peu usitée dans la pratique ; ainsi s'explique l'économie des dispositions du Code Napoléon, antérieures à l'art. 2111 : les créanciers ont pour garantie le droit de séparation des patrimoines (art. 878-881) ; les légataires ont l'hypothèque (article 1017). L'art. 2111 a eu pour but de compléter et de coordonner ces dispositions incohérentes.

La démonstration de ce point a une grande importance pour trancher la controverse qui s'est élevée sur la nature attribuée par le Code au droit de séparation des patrimoines. On arrive de là à conclure que ce droit renferme, dans tous les cas, une hypothèque, hypothèque privilégiée, si l'inscription en est faite dans les six mois de l'ouverture de la succession (art. 2111), hypothèque simple, en cas d'inscription tardive (art. 2113). En effet, le Code a certainement voulu conserver une hypothèque aux légataires, et rien n'autorise formellement à penser qu'il ait voulu dépouiller cette hypothèque du droit de suite; or cette hypothèque, il l'a absorbée dans le droit de séparation des patrimoines; donc la séparation des patrimoines vaut hypothèque : cela posé, on est amené nécessairement à reconnaître une hypothèque de même nature aux créanciers chirographaires du défunt, non pas seulement en vertu de l'art. 873 Code Nap., qui prête à l'équivoque [1], mais en vertu de l'énergie propre du droit de séparation des patrimoines; et ainsi l'on échappe à la bizarrerie, tant de fois signalée, de voir les légataires mieux traités, à certains égards, que les créanciers du défunt.

II. Passons à la faculté, reconnue aux légataires, d'agir contre chaque héritier *hypothécairement pour le tout*.

Justinien, en créant l'hypothèque tacite des légataires, ajoute ces mots, maintes fois cités : « *In tantùm et hypothecariâ unumquemque conveniri volumus, in quantùm personalis actio adversùs eum competit* [2]. »

Pothier, comme on l'a vu, trouve « le texte formel, » pour en conclure que « la partie des biens auxquels chacun a succédé, « ne peut être hypothéquée qu'à la part dont il est tenu des legs.» Si cette conclusion est exacte, bien loin de voir dans la constitution de Justinien l'application des « vrais principes des hypo-

---

[1] L'art. 333 de la coutume de Paris était ainsi conçu : Si les héritiers « sont « détenteurs d'héritages qui ayent appartenu au défunt, *lesquels ayent été « obligés et hypothéqués à la dette par ledit défunt*, chacun des héritiers est « tenu de payer le tout, sauf son recours contre ses cohéritiers. » Généralement on entend l'art. 873 du Code Napoléon dans le même sens. Il faut remarquer toutefois que son texte prête mieux à l'interprétation plus large que nous arrivons à lui donner.

[2] L. 1, C. *comm. de leg.* (VI, 43).

« thèques, » je n'y puis voir, avec Furgole, qu'une hypothèque « *extraordinaire et hétéroclite*[1]. » En effet, s'il est vrai de dire que « l'obligation qui résulte des legs n'a été contractée que divisément, dès son commencement, par chacun des héritiers, » il n'est nullement conséquent d'en conclure que « la partie des « biens auxquels chacun a succédé ne peut être hypothéquée « qu'à la part dont il est tenu des legs. » Sans doute, avant le partage, tous les héritiers étant collectivement détenteurs de l'hérédité, l'action hypothécaire ne peut être exercée contre chacun d'eux que dans la limite de l'action personnelle. Cela est vrai, aussi bien, pour les créanciers qui ont acquis l'hypothèque pendant la vie du débiteur. Mais, après le partage, l'hypothèque des légataires ayant une fois affecté, pour le tout, chacun des biens héréditaires, du chef de chacun des héritiers, chacun d'eux doit être tenu *hypothécairement pour le tout* aussi bien envers les légataires, qu'envers les créanciers du défunt. On ne pourrait arriver à un autre résultat, que par une application inconsidérée du principe de l'effet déclaratif du partage, principe qui n'avait pas prévalu en Droit romain[2].

Donc, de deux choses l'une : ou Justinien a dérogé aux principes généraux des hypothèques[3], ou le texte de sa constitution n'a pas le sens que lui donne Pothier[4].

Quoi qu'il en soit, il est constant que, dans la pratique française, le principe de l'indivisibilité de l'hypothèque avait prévalu, et ce n'est pas « quelque arrêt isolé, » comme l'insinue dédaigneusement Pothier, c'est la « jurisprudence constante des arrêts

---

[1] Furgole, *Testaments*, chap. x, nº 42.

[2] L. 6, § 8, D. *comm. divid.* (X, 3) ; l. 7, § 4, D. *quib. mod. pign. vel hyp. solv.* (XX, 6) ; 31, D. *de usu et usufr..... legato* (XXXIII, 2).

[3] Telle est l'opinion de la Glose, suivie par Dumoulin, *Extric. labyrinthi*, pars II, nº 90.

[4] Furgole (chap. x, nº 45) propose comme soutenable l'interprétation suivante : « L'Empereur veut que les héritiers puissent être convenus par l'ac« tion hypothécaire *en tant* qu'ils seront tenus d'une action personnelle, pour « exclure seulement les héritiers qui auraient été déchargés du payement des « legs. » — Les Basiliques (XLIV, 27) ne traduisent pas la phrase en question et disent simplement que les légataires ont l'action hypothécaire *sur tout le patrimoine du défunt* « κατὰ πάσης τῆς τοῦ τελευτήσαντος οὐσίας. »

Si donc la constitution de Justinien a le sens qu'on lui donne généralement, il paraît qu'elle n'a jamais été appliquée, ni en France, ni même à Constantinople, tant cette disposition répugne à la nature de l'hypothèque.

« des Cours supérieures[1] » qui l'avait ainsi décidé. « Il est même « remarquable, ajoute Furgole, qu'on ne trouve dans nos auteurs « aucun arrêt qui ait jugé en faveur de la division de l'hypo- « thèque. » Quand même on pourrait équivoquer, avec Ricard[2], sur la portée de ces arrêts, le fait seul de la controverse prouve suffisamment que les rédacteurs du Code Napoléon se sont décidés pour l'indivisibilité de l'hypothèque en parfaite connaissance de cause, et qu'on s'est trop pressé en les accusant d'avoir statué « par une intelligence tronquée des principes du Droit romain » et de n'avoir même pas lu la constitution de Justinien [3].

Mais laissons ces questions d'exégèse, et examinons la question en elle-même.

Sur ce terrain, je n'hésite pas à dire que, si l'indivisibilité de l'hypothèque des légataires n'eût pas existé dans l'ancien Droit français, d'après la jurisprudence des arrêts, le Code aurait dû l'inventer.

Logiquement, en effet, l'hypothèque des légataires, ayant sa base dans la volonté présumée du testateur, doit avoir la même efficacité que si elle avait été constituée par lui-même. Elle doit donc affecter tous les immeubles de la succession, identiquement de la même manière que l'hypothèque acquise aux créanciers pendant la vie du débiteur.

Sous l'empire du Droit romain, cette conséquence se serait déduite aisément du principe, si la constitution de Justinien n'eût compliqué la question d'une difficulté d'exégèse [4].

---

[1] V. l'indication de ces arrêts dans Furgole, chap. x, n° 46, et aux n°s 35-38 le résumé de la controverse entre les auteurs.

[2] Ricard, *Donations*, part. II, chap. I, sect. IV, n°s 25 et suiv.

[3] M. Marcadé, sur l'art. 1017, I. — V. encore M. Mourlon, t. III (1849), p. 442, et M. Félix Berriat, *Notes élémentaires sur le Code civil*, t. II, n° 3683.

[4] Dumoulin (*Explic. labyrinthi*, II, 90) accorde que l'hypothèque conférée *expressément* par le testament produit le même effet que l'hypothèque conventionnelle, conférée pendant la vie du testateur. Il le nie pour l'hypothèque légale; mais il n'appuie pas cette distinction sur un motif rationnel : il la fonde sur la disposition particulière de la loi 1, C. *Comm. de legatis*. Voici un extrait de ce passage : « Adhuc procedit hæc regula, ut unus heredum non teneatur pro portionibus aliorum etiam hypothecariè : quia illa « legalis hypotheca, jure codicis pro dispositionibus ultimæ voluntatis intro- « ducta, limitata est ad portiones hereditarias et ad limites personalis actionis « l. 1, in fine, C. *comm. de leg*... Undè non augetur nec alteratur effectus « hujus hypothecæ, *etiamsi heredes incipiant possidere bona pro diviso*, « dummodò pro portionibus suis..... Secùs si testator... principaliter et

Sous l'empire du Droit moderne, la fiction de l'effet déclaratif du partage pourrait jeter quelque trouble dans l'esprit, si la disposition du Code Napoléon n'était impérative et formelle. Mais indépendamment de la disposition précise de l'art. 1017, ce serait à tort qu'on invoquerait ici la fiction de l'effet déclaratif du partage, car cette fiction a pour but de dégager le lot de chaque héritier des hypothèques établies du chef de ses cohéritiers. Or l'hypothèque des légataires, procédant virtuellement de la volonté du testateur, ne saurait être effacée par le partage et doit subsister indivisible sur chaque lot, comme elle est née indivisible sur la masse des biens héréditaires [1].

En somme, la faculté, reconnue aux légataires, d'agir *hypothécairement pour le tout* contre chacun des héritiers est une saine application du principe de l'indivisibilité de l'hypothèque.

Telle était ma seconde proposition que j'ai démontrée, autant qu'il m'est possible.

Or cette proposition, comme la précédente, réagit immédiatement sur la théorie de la séparation des patrimoines.

On se demande si la séparation des patrimoines modifie le principe suivant lequel les créanciers du défunt doivent diviser leurs actions contre chaque héritier.

Plusieurs enseignent la négative.

Les inconvénients pratiques de cette doctrine sont nombreux. Ils apparaissent surtout lorsqu'un héritier insolvable qui a reçu un avancement d'hoirie, effectue le rapport en moins prenant [2].

Ils se produisent encore « lorsqu'un immeuble, formant à lui

« expressè hypothecaverit bona sua pro certis legatis... quia illa, morte et « aditione unius solius heredum confirmata, non minorem vim habet, quàm « conventionalis hypotheca, tunc, id est tempore mortis testatoris, facta. »

[1] Au contraire, Pothier (*Donations testamentaires*, chap. v, sect. III, art. 2, § 2) achève ainsi la démonstration de sa doctrine : « *La part à laquelle « chacun des héritiers a succédé*, n'a jamais été hypothéquée au total du « legs; elle ne l'a été qu'à la part dont cet héritier a été chargé, et, par con« séquent, elle n'est hypothéquée que pour cette part; de même que lorsque « deux personnes s'obligent sans solidarité à une dette par un acte qui em« porte hypothèque, les biens de chacun ne sont hypothéqués que pour la part « pour laquelle chacun d'eux s'oblige. » Cette comparaison rend sensible ce que j'ose appeler l'erreur de Pothier : les débiteurs conjoints, dont il parle, possèdent chacun son patrimoine *pro diviso*, au moment où naît l'hypothèque; c'est le contraire qui arrive à l'égard des débiteurs du legs. La comparaison ne serait exacte qu'en transportant à la matière la fiction de l'effet déclaratif du partage, ce que Pothier n'entend pas faire.

[2] V. M. Bonnier, dans la *Revue de Législation*, t. XIV (1841), p. 484.

« seul presque tout l'actif de la succession, est licité comme « impartageable et adjugé à l'un des cohéritiers, qui, après en « avoir acquitté le prix, ne demeure tenu envers les créanciers « que jusqu'à concurrence de sa part héréditaire [1], » et, en général, toutes les fois que les immeubles, qui forment le gage le plus assuré des créanciers, passent en totalité dans le lot d'un ou de quelques-uns des héritiers.

On va certainement contre le but de la séparation des patrimoines, en amoindrissant ainsi, par l'effet du partage, la garantie *réelle*, accordée aux créanciers et aux légataires.

A ces considérations, on oppose des arguments, tirés de la métaphysique du Droit, mais entièrement étrangers à la raison pratique [2]. En définitive, ces arguments reviennent à dire : La division des actions est le principe général, et l'exception, pour le cas proposé, n'est pas formellement établie par la loi. Quant au principe de l'indivisibilité de l'hypothèque des légataires, formulé par l'art. 1017, on ne peut l'étendre par analogie aux créanciers chirographaires du défunt, lorsqu'on ne voit dans cet article qu'une disposition bizarre et anomale, qu'une reproduction inintelligente de la loi romaine.

La question change de face, si l'on voit, au contraire, dans la disposition de l'art. 1017, la déduction d'une saine théorie et la consécration législative d'une jurisprudence ancienne, formulée depuis plusieurs siècles par le bon sens pratique des tribunaux.

Il s'ensuit que les créanciers chirographaires du défunt, comme les légataires, peuvent agir *hypothécairement pour le tout* contre chaque héritier, jusqu'à concurrence de la valeur des immeubles de la succession dont il est détenteur.

Cette solution, se déduisant de la nature de la séparation des patrimoines, doit s'étendre, par analogie, au mobilier de la succession, sur lequel on est amené à reconnaître, au profit des créanciers et des légataires, un véritable droit de gage [3].

Les conséquences de toute cette discussion peuvent se résumer ainsi :

I. La séparation des patrimoines vaut hypothèque : hypothèque privilégiée, en cas d'inscription dans les six mois de l'ouverture de la succession (art. 2111); hypothèque simple, en cas d'inscription tardive.

---

[1] MM. Du Caurroy, Bonnier et Roustain, t. II, n° 766.

[2] V. M. Blondeau, *Séparation des patrimoines*, p. 573. — MM. Aubry et Rau, sur Zachariæ, § 618, note 53.

[3] En ce sens : MM. Du Caurroy, Bonnier et Roustain, t. II, n° 766, *in fine*. — En sens contraire : MM. Aubry et Rau, sur Zachariæ, § 618, note 53.

II. Cette hypothèque confère le droit de suite aux créanciers comme aux légataires, à la condition d'être inscrite, au plus tard, dans la quinzaine de la transcription de l'acte d'aliénation (art. 834 C. pr.).

III. La faculté d'agir *hypothécairement pour le tout* contre chaque héritier, appartient aux créanciers chirographaires du défunt, comme aux légataires, au moyen de la séparation des patrimoines.

IV. Il reste à démontrer et à régler le principe suivant :

La séparation des patrimoines, malgré sa nature hypothécaire, opère seulement « à l'égard des créanciers (*nous ajoutons :* et des « tiers acquéreurs) des héritiers » (art. 2111). Elle ne modifie, dans aucun cas, la position respective des créanciers chirographaires du défunt et celle des légataires. Elle laisse subsister la préférence des créanciers du défunt sur les légataires.

Ce principe peut donner lieu à de graves difficultés d'application. Pour les développer et les régler, il faudrait s'engager dans un traité complet de la séparation des patrimoines. Ma prétention est plus modeste : j'ai voulu seulement dégager la discussion d'un préjugé trop répandu et d'autant plus dangereux qu'il a été accrédité par l'autorité de Pothier.

Gabriel DEMANTE.

PRISONNIER POUR DETTES. — ÉVASION.

RÉINCARCÉRATION PAR LE GEOLIER. — OPINION DE M. ROMIGUIÈRES.

Des suites de l'évasion d'un prisonnier pour dettes et des diligences que peut faire le geôlier pour le réintégrer dans la prison.

Par M. Victor Molinier, professeur de droit criminel à la faculté de Toulouse, membre de l'Académie de législation de la même ville.

SOMMAIRE.

1. Les dispositions du Code pénal, relatives aux évasions des détenus, sont-elles applicables à l'évasion d'un prisonnier pour dettes ?
2. Lorsqu'un prisonnier pour dettes parvient à s'évader, le geôlier, s'il le

suit ou s'il le rencontre, peut-il l'arrêter lui-même et le rétablir dans la prison, sans le ministère d'un huissier et sans observer les règles tracées par le Code de procédure civile au titre *de l'Emprisonnement?*

3. Le geôlier pourrait-il obtenir un mandat spécial de perquisition, en vertu de l'art. 131 de la loi du 28 germinal an VI, pour rechercher et saisir le débiteur incarcéré dans la maison dans laquelle il se serait réfugié et où il aurait trouvé asile?

Quel est le droit qui est applicable à l'évasion d'un prisonnier pour dettes? Que peut faire le geôlier pour le réintégrer dans la prison? Telles sont les questions que j'ai vues se présenter en 1834, lorsque j'étais attaché en qualité de substitut au parquet du tribunal de Toulouse. Les fonctions de procureur général étaient alors occupées, dans ce ressort, par une des anciennes illustrations du barreau, par M. ROMIGUIÈRES, qui joignait à un grand talent oratoire, une profonde sagacité, une puissante dialectique et de vastes connaissances juridiques, fruit d'une longue et laborieuse pratique [1]. Cet habile magistrat eut à émettre son avis sur cette évasion et sur les démarches auxquelles le geôlier pouvait se livrer pour réintégrer le prisonnier dans la prison. Je suis heureux de pouvoir faire connaître, sur les questions de droit, qui se présentaient au sujet de cette affaire, l'opinion d'un jurisconsulte aussi éclairé et aussi expérimenté que l'était M. Romiguières. Voici dans quels termes il s'exprimait dans une lettre dont j'ai précieusement conservé une copie :

1. Les dispositions des lois transitoires [2], celles du Code pénal actuel, touchant l'évasion des détenus, les coupables et les complices de cette évasion [3], n'étaient pas et ne sont pas applicables au cas de l'évasion d'un prisonnier pour dettes, si d'ailleurs le fait de cette évasion n'est

---

[1] M. Romiguières fut plus tard promu aux fonctions de conseiller à la Cour de cassation, où il siégea à la chambre criminelle, et nommé pair de France. Ses anciens collègues ont assurément conservé le souvenir de son profond savoir et de la sagacité de son esprit.

[2] Code pénal du 25 septembre 1791, IIe partie, sect. IV, art. 8, 9 et 10. — Décret de la Convention du 13 brumaire an II, qui prononce la peine de mort contre les geôliers et gardiens convaincus d'avoir favorisé l'évasion des prisonniers détenus. — Décret de la Convention du 17 ventôse an II, interprétatif du précédent. — Autre décret du 3 messidor an II, qui détermine la forme à suivre pour l'application de celui du 13 brumaire. — Loi du 4 vendémiaire an VI, relative aux préposés à la garde des détenus. (*Note de l'auteur de l'article.*)

[3] Code pénal, 237, 248. (*Note de l'auteur de l'article.*)

accompagné d'aucune circonstance qui le criminalise spécialement (arrêts de la Cour de cassation des 30 avril 1807 et 20 août 1824. Carnot, *sur l'art.* 237 *du Code pénal*).

2. Toutefois, le débiteur contraint par corps, emprisonné, écroué et qui s'évade, n'en reste-t-il pas moins sous l'effet de l'écrou, et en quelque sorte à la charge du gardien auquel il fût confié ; aussi ce dernier a-t-il, par lui ou par ses agents, le droit de l'arrêter partout où il le rencontre et de le réintégrer dans la prison dont il n'est pas sorti, légalement. Les nouveaux principes, les nouvelles lois, n'ont rien qui déroge, à cet égard, aux anciens principes, à l'ancienne jurisprudence (V. Denizart, v° *Geôlier*, et les arrêts qu'il rapporte ainsi que le *Traité de la contrainte par corps*, par Fournel, p. 163.)

3. Mais quoique cet auteur enseigne, sans distinction, que cette *arrestation secondaire*, cette *réintégrande* est affranchie des formes ordinaires, s'ensuit-il que pour opérer cette *arrestation*, cette *réintégrande*, le geôlier ou ses agents puissent poursuivre le prisonnier évadé, dans les maisons particulières, et l'y poursuivre sans observer les formalités protectrices de nos maisons considérées comme des asiles?

Je ne le pense pas.

Autre est le détenu évadé ou s'évadant, que le geôlier à qui il a été confié, qui en répond, rencontre à la porte de la prison, dans la rue, sur la place publique ; autre est le détenu qui, dans le même cas, s'est déjà réfugié sous un toit domestique. Ici on rentre dans le droit commun ; on y rentre d'autant plus que les lois qui règlent les préalables à remplir pour pénétrer dans les maisons des citoyens, ne les règlent pas seulement dans l'intérêt de l'individu poursuivi, mais surtout dans l'intérêt du propriétaire ou des autres personnes qui habitent la maison à fouiller.

Le prisonnier pour dettes qui s'évade, qui, par ce seul fait, n'a commis ni crime ni délit, et qui s'est placé sous la sauvegarde du toit domestique, n'est plus qu'un débiteur civil toujours contraignable par corps, mais à la charge de suivre à son égard les formalités prescrites pour l'exercice de la contrainte personnelle. Si donc il s'agit de le chercher dans la maison d'un particulier, l'assistance d'un juge de paix est indispensable (art. 781, § 5 du Code de procédure civile).

Suppléer à cette assistance par le mandat d'un officier de police judiciaire, en se conformant ainsi aux prescriptions de l'art. 131 de la loi du 28 germinal an VI sur la gendarmerie, serait étendre à la *matière civile* ce que M. Merlin (*Rép.*, v° *Asile*) reconnaît ne régir que les *matières criminelle et de police*, et assimiler le débiteur civil au coupable à l'égard duquel seulement dispose l'art. 131 précité et auquel se réfère notamment l'art. 184 de l'ordonnance du 29 octobre 1820.

Cet article défend à la gendarmerie de pénétrer dans la maison d'un citoyen pendant le jour, sauf pour un objet formellement exprimé par une loi, ou *en vertu d'un mandat spécial de perquisition décerné par l'autorité compétente*.

Ici l'autorité seule compétente pour autoriser la recherche et l'arrestation d'un individu contraignable par corps, dans une maison particulière, c'est le juge de paix.

De quel droit un tout autre officier de police judiciaire décernerait-il un mandat de perquisition? Celui qui en serait l'objet a-t-il commis un crime, un délit? En est-il coupable, ou présumé coupable? Non.

Le seul titre qui autorise à agir contre lui, c'est le jugement de condamnation.

Pour être exécuté dans une maison particulière, quant au chef de la contrainte, ce jugement n'a besoin de l'appui d'aucun autre mandat.

Il se suffit à lui-même.

L'assistance du juge de paix est seule requise comme une garantie réclamée par le respect dû d'ailleurs à l'asile des citoyens.

Objecterait-on que dans l'hypothèse le débiteur à rechercher est d'ailleurs un prisonnier évadé? Mais cette évasion ne le fait coupable d'aucun crime, d'aucun délit; elle n'autorise pas à décerner un mandat quelconque contre lui, il faudrait donc qu'une disposition spéciale eût dérogé, pour ce cas, au droit commun; or, cette disposition n'existe pas.

OBSERVATIONS.

L'opinion que M. Romiguières adoptait sur la première des questions qu'il avait à résoudre, est aujourd'hui généralement admise. On reconnaît que les dispositions du Code pénal, relatives aux évasions de détenus, ne sont applicables qu'à raison de ceux qui sont poursuivis pour des crimes ou pour des délits, qui sont prisonniers de guerre ou qui subissent des peines privatives de la liberté. La contrainte par corps, exercée par un créancier, ne touche qu'aux intérêts privés et n'est pas protégée par des dispositions pénales. « Il ne suffit pas, disent MM. Chauveau et Hélie, qu'il y ait désobéissance et en quelque sorte rébellion à la justice de la part de l'individu qui s'évade, il faut encore que cette évasion cause un préjudice réel à l'ordre social : or l'évasion d'un prisonnier pour dettes ne lèse que les intérêts de son débiteur; la loi pénale n'a donc pas dû la comprendre dans ses dispositions. C'est aussi dans ce sens que l'art. 245 a été constamment appliqué [1]. »

---

[1] *Théorie du Code pénal*, 8e édit., t. III, p. 180 et 192.

M. **Rauter** est du même avis; il fait remarquer qu'il n'est question, dans les art. 239 et 238 du Code pénal auxquels se réfèrent les dispositions de l'art. 237, que de ceux qui sont détenus pour crime ou délit, ou comme prisonniers de guerre; il en conclut que les dispositions du Code pénal ne sont applicables ni aux détenus pour dettes civiles, ni aux étrangers détenus aux fins d'extradition, ni à ceux qui le sont par mesure de discipline. Il constate aussi que les expressions *prévenus de délits de police* qu'on rencontre dans l'art. 338 embrassent non-seulement les délits correctionnels, mais encore les simples contraventions dont la répression intéresse aussi la société [1].

Enfin M. **Morin** adopte également les mêmes doctrines dans son *Répertoire du droit criminel*, v° *Evasion*, n° 2. Nous professons dans notre enseignement les mêmes principes.

Quant à la jurisprudence, elle est d'accord avec la doctrine des criminalistes. Aux arrêts qu'indique M. Romiguières on peut ajouter celui de la Cour de cassation du 3 juin 1827, que citent MM. Chauveau et Hélie [2] (V. n° 162 du Bulletin criminel), ainsi que celui de la même Cour du 29 septembre 1831 qu'on trouve au Recueil de MM. Devilleneuve et Carette, année 1832, p. 240.

2. Dans l'ancien Droit, lorsqu'un prisonnier pour dettes s'était évadé, il y avait présomption de faute de la part du geôlier qui était condamné à réintégrer le condamné dans la prison sous un bref délai ou à payer la créance. **Farinacius** enseigne que celui qui a procuré l'évasion du débiteur cautionne, par ce fait, le paiement [3].

Brillon déclare que « le geôlier qui a laissé évader un prisonnier tenu pour dettes est tenu de le représenter ou de payer [4]. » **Serpillon** dit aussi « qu'il est toujours présumé que les évasions proviennent de la faute et négligence du geôlier. *Fuga carcerati gravat commentariensem quia præsumitur curam custodiæ necessariam non adhibuisse*. » Voyez, ajoute-t-il, Matthieu Etsantz, controv. 18, n. 100; *id*. L. ultim., D. *de custod. reor.* C'est pourquoi, selon Legrand, sous la coutume de Troyes, tit. VII, art. 23, n. 7, « le geôlier est tenu de prouver qu'il n'y a pas de sa faute, sinon il est responsable de l'évasion [1]. »

---

[1] *Traité du droit criminel*, t. I, p. 529, n° 391.

[2] *Théorie du Code pénal*, 3e édit., t. III, p. 102.

[3] « Eximens debitorem ex carcere tenetur solvere de proprio debitum creditoribus non aliter ac si fuisset ipsius debitoris fidejussor » (quæst. 30, n° 107).

[4] *Dictionnaire des arrêts modernes*, v° *Geôlier*, p. 487, n° 2. Il cite Bouvot, t. II, v° *Geôlier*, quest. 2.

Tout ce que disent ces auteurs est conforme aux principes, et est encore applicable. Le geôlier, en acceptant ses fonctions, se charge de la garde du prisonnier, promet une exacte surveillance et doit prouver, s'il survient une évasion et s'il veut échapper à l'action des créanciers, qu'il a accompli tous ses devoirs, qu'il s'est conformé à tous les règlements qu'il doit observer et qu'on n'a, par conséquent, aucune faute à lui imputer. Il est des cas nombreux dans lesquels celui qui a promis d'être diligent, doit prouver, s'il survient un dommage, qu'il ne peut pas lui être imputé à faute. C'est ce que le législateur établit par des dispositions expresses par rapport au locataire pour le cas d'incendie (C. Nap., 1733, 1734). Telle est également la position de l'aubergiste, qui doit la garde pour les choses apportées dans son hôtel (C. Nap., 1952, 1954) ; et du voiturier, par rapport aux objets confiés à ses soins (C. Nap., 1782, 1786). Ils sont en présomption de faute lorsqu'ils ne représentent pas les objets qui ont été apportés chez eux ou qu'ils ont reçus. La preuve de la force majeure, du cas fortuit et de l'absence de toute faute est à leur charge [2].

Le geôlier allégera certainement sa position et échappera à des reproches, s'il parvient à rétablir le débiteur évadé dans la prison. A-t-il le droit de le saisir lui-même et de le réincarcérer ? Voici ce qu'on lit à ce sujet dans Denizart, à l'endroit indiqué par M. Romiguières : « Le samedi, 9 décembre 1769, il s'est présenté à la grand'chambre, la question de savoir si un *geôlier* des prisons de Clamecy avait pu valablement réintégrer lui-même un prisonnier qui s'était évadé, sans bris de prison et sans violence, lequel prisonnier le *geôlier* avait trouvé sur la place publique trois semaines après son évasion ? Les créanciers s'étaient pourvus contre le *geôlier*, à ce qu'il fût tenu de le représenter, sinon condamné en leurs dommages et intérêts. Le prisonnier était appelant, non-seulement du second emprisonnement fait de sa personne par le *geôlier*, mais encore, dans le fait particulier, il soutenait la nullité de son premier emprisonnement dont il était aussi appelant. La Cour, en évoquant le principal, s'est déterminée par le moyen de nullité proposé contre le premier emprisonnement, qui fut, en effet, déclaré nul, avec 50 livres de dommages-intérêts : par ce moyen la demande en nullité du second emprisonnement n'eut plus d'objet ; mais tout le barreau, abstraction faite du moyen tiré de la nullité du premier emprisonnement, fut d'avis que le *geôlier* avait pu valablement réintégrer le prisonnier dans les prisons : 1° parce que son écrou était toujours subsistant ; 2° attendu que de même qu'il aurait pu se saisir de lui au sortir de la porte de la prison, de même aussi l'avait-il pu, le rencontrant sur la place publique ; une pareille faculté se prorogeant en quelque sorte tant que l'écrou subsiste, et d'ailleurs cette faculté ayant été mise en usage par le *geôlier* sans aucune violence caractérisée de sa part. Plaidants : Mes Breton, Besnard et Cothereau. »

---

[1] Serpillon, *Code criminel*, Ire part., p. 861, n° 8. Perezius s'exprime ainsi sur ce point, dans son Code, lib. IX, tit. IV, n° 12 : « Et quamvis in dubio non præsumatur culpa, sed diligentia, ex eo tamen quod sit obligatus custos ratione officii, tenetur probare quod evasio custodiæ contigerit sine sua culpa, nisi præsumptio diligentiæ ipsius custodis eum relevet. »

[2] Troplong, *du Dépôt et du séquestre*, n° 233 ; Sourdat, *de la Responsabilité*, t. II, n° 964.

En admettant avec M. Romiguières que ce que dit Denizart pourrait encore être pratiqué dans notre Droit, il nous paraîtrait cependant convenable d'assigner quelques limites à la faculté accordée au geôlier de saisir son prisonnier et de le réintégrer dans la prison sans l'assistance d'un huissier et sans l'observation des formes établies au titre *de l'Emprisonnement* par le Code de procédure civile.

Si l'évasion est flagrante et a lieu actuellement, si le prisonnier qui a franchi la porte de la prison, est poursuivi, si le geôlier ou ses agents le suivent ; sans aucun doute, on pourra l'arrêter sur la voie publique, le reconduire en prison et le replacer sous les verrous. Il n'a pas cessé d'être sous l'œil de ceux que la loi chargeait de le garder, il n'a pas complétement consommé son évasion et il n'a pas recouvré sa liberté primitive. Lorsqu'il se verra rétabli dans le lieu où il était légalement détenu, comment pourrait-il se fonder sur la tentative qu'il a exécutée et qu'il n'a pas pu conduire à bout, pour obtenir son élargissement ? Cette tentative n'a pu assurément lui conférer aucun droit ; il devra donc rester dans la prison.

Nous allons plus loin et nous pensons encore que le débiteur qui aurait consommé sa fuite, pourrait être recherché, saisi dehors et rétabli sous les verrous par le geôlier, dans un temps voisin de l'évasion et lorsqu'elle est notoire pour tous. Un fait qui vient d'avoir lieu est réputé flagrant lorsque les traces en sont encore apparentes et lorsque les impressions qu'il a produites sur les esprits sont encore vivantes (arg. 41 C. instr. crim.).

Les actes extérieurs qui frappent le sens conservent une permanence morale et temporaire qui a quelque durée après qu'ils se sont produits.

Mais si un espace de temps assez long s'était écoulé depuis l'évasion, si le débiteur avait pleinement recouvré en fait la possession de sa liberté, il nous semble que l'existence de l'écrou ne suffirait plus pour autoriser le geôlier à faire par lui-même l'arrestation et l'incarcération sans le ministère d'un huissier et sans l'observation des formes prescrites par le Code de procédure civile. Le temps modifie les positions et exerce sur les actes humains une action que le jurisconsulte ne doit pas méconnaître. Le procès-verbal d'écrou qui mettait le débiteur au pouvoir et sous la garde du geôlier ne doit plus pouvoir produire des effets juridiques, lorsque ce débiteur a notoirement et pleinement recouvré sa liberté primitive [1]. Dans cette position, l'arrestation pourrait, sans doute, être de nouveau opérée en vertu des mêmes titres. Nous pensons même que le temps pendant lequel le débiteur aurait joui de la liberté ne serait pas imputable sur la durée de la contrainte par corps; mais il faudrait, pour arriver à la réincarcération, observer de nouveau les formalités tracées par la loi. Nous sommes convaincus que le savant magistrat qui émit son avis lorsque l'évasion au sujet de laquelle il fut consulté venait d'avoir lieu aurait partagé nos doutes et aurait prescrit de suivre les voies ordinaires, si un temps assez long se fût écoulé.

3° Quant à la troisième question, si habilement discutée par M. Romiguières [2], il n'y a rien à ajouter aux raisons qu'il donne et on ne peut que pleinement adopter ce qu'il établit à l'aide de la loi et d'une logique pressante. On pourrait, au reste, invoquer à l'appui des principes qu'il admet, deux arrêts de la Cour de Riom, en date des 22 juin et 13 juillet 1837, qui décident que l'huissier des mains duquel s'échappe un débiteur arrêté, ne peut, sans l'assistance des juges de paix, s'introduire dans la maison où ce débiteur s'est réfugié, pour y opérer de nouveau son arrestation [1].

---

[1] Ceci nous rappelle la fiction du *postliminium*, que les jurisconsultes romains appliquent à la chose appropriée qui n'est plus dans les mains de celui qui la détenait et qui a recouvré son état primitif. V. les Instit. de Justin. aux §§ 12 et 14, du tit. V du liv. II. — Gaius, frag. 3, § 2, et frag. 5, § 4, D. *De acquir. rerum dom.* — Marcien, f. 6, *in princip.* D. *de divis. rerum.*

[2] C'est celle sur laquelle il avait principalement à émettre un avis. Il s'agissait de savoir si les règles tracées pour les arrestations en matière criminelle pourraient être appliquées à la réincarcération du débiteur pour dettes qui s'était évadé.

Victor **MOLINIER.**

LE BARREAU AU DIX-SEPTIÈME SIÈCLE.

DE GENNES. — GUÉAU DE REVERSEAUX.

Par M. Doublet de Boisthibault, avocat.

Jusqu'au milieu du xvie siècle, les compositions judiciaires étaient restées ce qu'elles n'avaient cessé d'être auparavant, lourdes et fatigantes par leur monotonie. Des citations, empruntées aux écrivains sacrés et profanes, revenaient à chaque phrase en assurer le sens et la portée; le discours était *haché* en quelque sorte; les déclamations tombaient dans la scolastique; la science du droit dégénérait en discussions puériles dont l'esprit de chicane faisait tous les frais. Les plaidoiries ressemblaient à ces paraphrases que l'on retrouve dans les sermonnaires anciens. Alors que le mouvement littéraire jetait autour de lui la lumière et l'éclat, il était impossible qu'une réforme radicale ne vînt pas faire justice de ce langage barbare, de ces formules indigestes du palais; le théâtre et la satire les avaient déjà frappés de ridicule[2].

Olivier Patru eut le bon esprit de se préserver du mauvais goût de ses devanciers et de ses contemporains. Il était né à Paris, en 1604, d'un procureur au Parlement. Heureux dans ses débuts, ses succès ne firent que grandir. Son élocution, dégagée de l'emphase qu'on remarque dans les plaidoyers de Lemaître, mettait en relief la sûreté de son raisonnement et la logique de ses déductions. Ce qu'on lui reprochait à juste titre, c'était son ton dur et tranchant[1]. Son style était correct; quelques-uns de ses plaidoyers peuvent être proposés comme modèles. Quoi qu'il en soit, il arriva de Patru, comme de bien d'autres, malgré leur mérite, il n'était pas le plus en vogue, on lui préférait Huot et Lemazier. Aussi, le dégoût s'empara-t-il de lui; il dit adieu au barreau pour ne plus s'occuper que des lettres. Par la protection du cardinal de Richelieu, il entra à l'Académie française. A sa mort le P. Bouhours et Tallemant des Réaux se plurent à chanter ses louanges[2].

---

[1] Devill. et Car., année 1838, 2, 115. Voir aussi un arrêt de la Cour de Limoges, 27 mars 1828 (Sirey, 1828, 2, 153).

[2] Racine dans *les Plaideurs*. — Boileau, Satires I et X.

A la suite de Patru se placent deux hommes, appartenant au même pays, destinés à la même profession et qui ne continuèrent pas moins que leur devancier à l'environner d'éclat. Nous voulons parler de Pierre de Gennes et de Jacques-Étienne Guéau de Reverseaux. Ils tiennent le premier rang dans cette génération nouvelle qui se recruta de bons avocats; à ce titre, ils méritent bien qu'on ne laisse pas leurs noms dans un injuste oubli.

De Gennes serait né à Chartres, en 1701 ou 1705; il appartenait à une famille bourgeoise du nom de « de Genne[3]. » Se destinant au barreau, il fit ses études de droit à Paris où il exerça avec distinction. Sa diction passait pour être négligée ou trop familière. Il comptait parmi les avocats de second ordre. Nous trouvons son nom sur le tableau des avocats au Parlement de Paris en 1726, et sur celui de 1750 à 1755. Il devint procureur général au conseil souverain des prises maritimes.

De Gennes rédigea des mémoires importants dans deux affaires qui eurent, à l'époque, beaucoup de retentissement en

---

[1] Boileau y a fait allusion, lorsque, en écrivant à Racine, il lui dit, en faisant un jeu de mots....

Ne sis patru (*pour* patruus).

[2] Voici l'épitaphe par Tallemant des Réaux :

Cy-gist le célèbre Patru
De qui le mérite a paru
Toujours au-dessus de l'envie;
Il a savamment discouru,
Mais peu de la seconde vie :
Heureux s'il n'a trouvé que ce qu'il en a cru !

[3] Nous n'avons pu découvrir son acte de naissance : à la date du 20 janvier 1706, sur les registres de la paroisse de Saint-Aignant (à Chartres), on trouve un « Gabriel Genne, fils de Michel Genne, bourgeois. »

France et à l'étranger. Nous voulons parler de La Bourdonnais et de Dupleix. Celui-ci avait été nommé le 1er janvier 1740, par le roi, gouverneur des ville et forts de Pondichéry et des possessions en dépendant; de plus, président du conseil supérieur de Pondichéry. En 1745, il prit parti dans les querelles avec les Maures. La guerre venant à éclater entre la France et l'Angleterre, Mahé de La Bourdonnais, gouverneur général des îles de France et de Bourbon, se rendit, en 1746, dans les mers de l'Inde pour y disperser les escadres anglaises. La mésintelligence ne tarda pas à éclater entre lui et Dupleix. Le 18 août, de la même année, l'escadre française se présenta devant Madras, la bombarda et décida de la capitulation de la ville. Le conseil de Pondichéry se refusa à l'approuver. Révoqué de ses fonctions, Dupleix revint en France et se consuma durant neuf années en vains efforts pour réclamer treize millions qu'il soutenait lui être dus. Dans son Mémoire justificatif il disait : « J'ai sacrifié ma jeunesse, ma fortune, ma vie à combler d'honneurs et de richesses ma nation en Asie; de malheureux amis, de trop faibles parents, des citoyens vertueux consacrent tous leurs biens pour faire réussir mes projets; ils sont maintenant dans la misère; je me soumets à toutes les formes judiciaires; je demande comme le dernier des créanciers ce qui m'est dû. Mes services sont des fables, ma demande est ridicule; je suis traité comme le plus vil des hommes; je suis dans la plus déplorable indigence; le peu de bien qui me reste est saisi; j'ai été obligé d'obtenir des arrêts de surséance pour n'être pas traîné en prison. » Trois jours après la publication de ce *factum*, il mourait[1] !...

De son côté, de La Bourdonnais, dénoncé par Dupleix et son parti, ne fut pas mieux traité. De retour en Europe, on l'enferme à la Bastille[2]. Durant vingt-six mois, il est soumis à un secret rigoureux. La Chalotais écrivit ses Mémoires avec un cure-dent; le premier qu'il publia fut écrit dans un cachot de la prison de Saint-Malo. La Bourdonnais parvint, avec un sou marqué qu'il aiguisa sur le pavé de la prison, à tailler des branches de bois dont il fit des plumes. Avec du café, il fit du jaune; avec des liards vert-de-grisés, du vert; au moyen de ce mélange, il trouva le moyen de dessiner sur un mouchoir le plan de Madras.

---

[1] En 1763.

[2] Dans la nuit du 1er au 2 mars 1748.

Le dessin arriva sous les yeux de la commission qui leva le secret et lui permit de communiquer avec un conseil... Son innocence fut reconnue[1] !...

De Gennes eut un frère (Gabriel) qui prenait le nom de « de Gennes de Boisgasson,» nom d'un hameau dépendant de la commune d'Auneau (Eure-et-Loir)[2]. Avocat comme lui, il devint, très-probablement par la protection de son frère, conseiller au conseil des prises.

Voici l'énumération des Mémoires attribués à de Gennes :

1. Mémoire pour le sieur de La Bourdonnais, avec pièces justificatives, Paris, imprim. de Delaguette, 1750, in-4o de 725 p., dont 282 de texte ; le surplus se compose de pièces justificatives. — Également 3 vol. in-12, signé « Mahé de La Bourdonnais, » avec l'adhésion, donnée à Paris, le 18 août 1750, de *Rousseau*, *Cochu*, *Cellier*, *Mallard*, avocats. Ce Mémoire est divisé en deux parties : la première comprend l'exposition des faits, la deuxième la discussion des moyens ; le style en est noble et élevé. Il se termine ainsi : « Mais, après tous ces malheurs, après tous les dangers qu'il a courus, en s'exposant volontairement aux événements d'une procédure dans laquelle tant de passions ont conspiré contre lui, le voilà enfin parvenu au point de confondre l'imposture, et il ose dire qu'il ne regrettera ni la longueur de sa captivité, ni la perte de ses plus précieuses années, ni les dérangements de sa santé et d'une fortune qui était le fruit de quarante ans de travaux incroyables, si, convaincue de son innocence, par le jugement que l'équité va dicter, S. M. daigne le consoler de ses malheurs, et récompenser son zèle et sa fidélité en le mettant à portée de lui en donner de nouvelles preuves. »

2. Mémoire à consulter pour la famille du sieur Dupleix, Paris, 1751, imprim. Ant. Boudet, in-4o de 230 pages, dont 31 de texte, le surplus de pièces justificatives. Ce Mémoire, non signé, est approuvé par neuf avocats, à la date du 12 janvier 1751 (*de Héricourt*, *Gin*, *l'Herminier*, *Gillet*, *Lambon*, *La Monnoye*, *Doutremont*, *Théton*, *Lemariez*). Également, 1759, in-4o.

3. Pour Klingin, préteur de Strasbourg, in-fol. et in-12, Paris et Grenoble, 1753.

---

[1] Il mourut le 5 juillet 1759.

[2] Il y a également une commune de ce nom dans le canton de Cloyes, arrondissement de Châteaudun (Eure-et-Loir) ; mais nous croyons que ce n'est pas elle qui a donné un deuxième nom à Guéau de Reverseaux.

4. Pour le prince héréditaire du landgraviat de Hesse-Darmstadt, contre les représentants de la comtesse de Nassau, Paris, 1757, in-4o.

5. Pour le premier chirurgien du roi, contre les frères de la Charité, Paris, 1757, in-4o.

6. Un Mémoire au sujet de la succession du duc de Wirtemberg. — Montbelliard.

7. Épithalame pour les noces de Guyot de Reverseaux et de mademoiselle Lenoir, en soixante et douze vers de dix syllabes, inséré (nous n'en avons pas été peu surpris) dans les œuvres de Grécourt, édit. de 1780, t. IV, p. 105. Œuvre fade et sans couleur, à en juger par quelques vers :

> Est-il bien vrai qu'Hymen ait cru pouvoir
> Unir sans moi *Reverseaux* et *Lenoir?*....
> Ainsi, suivant l'usance de Cythère,
> Loin de nos yeux s'accomplit le mystère.
> Gentils époux, vous voilà bien contents!
> Sus! travaillez et travaillez longtemps
> A façonner par mainte récidive
> Belle lignée aux yeux vifs et brillants,
> Essains (*sic*) d'amour, lestes et sémillants,
> Auxquels un jour même aventure arrive.....

Guéau de Reverseaux était le compatriote, le confrère et l'ami de de Gennes. Né en 1706 d'une famille noble, il le fut doublement, puisque, d'après les traditions de son ordre, il l'était par la profession qu'il embrassait [1]. Son nom figure, en 1726 [2], sur le tableau des avocats au Parlement de Paris; il se vit chargé des affaires les plus importantes au palais. La considération dont il jouissait le fit admettre dans les conseils du duc d'Orléans. Il plaidait encore en 1753 lorsque, se trouvant à l'audience dans laquelle débutait le jeune Gerbier, il présagea que ce serait un jour un avocat du premier mérite [3]. Reverseaux le prit sous son patronage. Il publia de nombreux Mémoires qu'on regrette de ne pas voir recueillis. Guéau de Reverseaux possédait la terre qui porte encore son nom dans le département d'Eure-et-Loir[1], il y passait ses vacances. On rapporte que voulant s'amuser du bailli du lieu, il se chargea de plaider, devant lui, la cause de l'un de ses justiciables, ce qu'il fit en latin. Le bailli le laissa dire tant que cela lui plut, puis il fit fermer la porte de son auditoire, et prononça une sentence ainsi conçue : « Condamnons l'avocat d'un *tel* à payer sur-le-champ l'amende d'un louis d'or, pour avoir parlé devant nous une langue que nous n'entendons point[2]. » L'avocat se serait exécuté de bonne grâce. Suivant un autre récit, le bailli l'aurait interdit de plaider. Guéau aurait pris la chose comme une plaisanterie. A la rentrée du palais, il se présenta à la barre de la cour du Parlement de Paris pour défendre une cause. L'avocat général, tenant l'audience, aurait alors rapporté (on ne dit pas s'il put ne pas sourire !) la fatale sentence dont il fut le premier à demander l'infirmation. Guéau serait mort en 1753; son nom et celui de de Gennes sont désormais inséparables[3]; à eux revient l'honneur d'avoir purgé le palais du mauvais goût qui y régnait en souverain; de plus, en épurant le langage du Droit[4], ils ont fait faire un premier pas à l'art oratoire lequel a su depuis s'élever assez haut pour demeurer digne, comme il convient, de la majesté et de la sainteté de la justice!

---

[1] Un avocat de Chartres (on ne dit pas son nom) fut maintenu dans le titre de *noble* par arrêt de la Cour des aides du 19 juin 1620 (Boucher d'Argis, *Hist. de l'ordre des avocats* dans les *Lettres sur la profession d'avocat*, éd. de Dupin, t. I, p. 454).

[2] Fournel, *Hist. des avocats*, t. II, p. 453.

[3] Delamalle, *Essai d'instit. orat.*, t. I, p. 249, et *Biogr. univ.*, vo *Gerbier*.

DOUBLET DE BOISTHIBAULT.

NÉCROLOGIE.

VICTOR-NAPOLÉON MARCADÉ.

La mort a frappé, il y a quelques jours à peine, un homme que ses travaux signalaient depuis douze années aux amis de la science. Marcadé, riche déjà de son présent, bien plus riche encore de l'avenir sur lequel son âge lui permettait de compter, est mort à Rouen, le 17 août 1854, à la suite d'une cruelle maladie dont son ardeur infatigable a précipité les progrès. Celui qui vient ici rendre à sa mémoire un hommage, qui ne sera pas le dernier, fut son ami : on lui pardonnera donc d'avoir voulu tromper, pour un instant, ses regrets, en ne laissant pas à un autre le soin de dire, le premier, aux lecteurs de cette *Revue*, quel fut l'homme que viennent de perdre sa femme, ses jeunes enfants, ses amis et la science, et quels services il a rendus.

---

[1] La terre de Reverseaux, canton de Voves, arrondissement de Chartres, appartient au fils du maréchal Saint-Cyr.

[2] *Causes amusantes et connues*, t. II, p. 139.

[3] La Harpe, *Lycée ou Cours de littérature*, t. XIV de l'édit. de l'an XII, p. 5.

[4] Ch. Loyseau, le célèbre auteur du *Traité des offices*, etc. (1636, 2 vol. in-fol.) était né à Châteauneuf (Eure-et-Loir). — V. notre article sur Du Lorens (*Rev.*, t. III, p. 121).

Victor-Napoléon Marcadé naquit à Rouen, le 28 juillet 1810, de Jean-Charles Marcadé et de Marie-Rose Grandin. Élevé sous les yeux et par les soins d'une mère profondément imbue des idées religieuses, sa première pensée fut tournée vers l'état ecclésiastique : il fit toutes ses études au séminaire. Mais si l'instruction qu'il y reçut développa en lui cette foi religieuse qu'il a gardée jusqu'au dernier jour de sa vie, peut-être cette instruction ou plutôt l'esprit dans lequel elle était donnée, contribua-t-il à le détourner de sa vocation première. Pour Marcadé, le catholicisme et le libéralisme étaient des idées qui se reliaient entre elles, comme une conséquence se relie à son principe. Au contraire, pour ses maîtres, les deux idées étaient complétement séparées, à ce point qu'on ne pouvait faire profession de libéralisme sans porter atteinte à la pureté de la doctrine évangélique. Marcadé, encore élève, eut à soutenir, sur ce terrain, des luttes pénibles qu'il a décrites lui-même dans un livre dont j'aurai bientôt l'occasion de parler. « En 1829, dit-il, nous faisions notre cours de philosophie, avec plus de quatre-vingts autres jeunes gens, dans un Etablissement dont les professeurs étaient les partisans dévoués du système du *Sens commun*. M. Lamennais, selon eux, résumait en sa personne tous les Pères et docteurs de l'Église, tellement que Bossuet, en face de lui, n'était qu'une intelligence inférieure, un écrivain de second ordre, dont on conseillait de se défier, parce que ses doctrines, disait-on, n'étaient pas d'une orthodoxie toujours sûre !.... (Il s'agit, on le comprend bien, de M. Lamennais à la première phase de sa vie.) Avec notre jeune intelligence de vingt ans, nous crûmes voir que cet enthousiasme était exagéré ; nous osâmes (car il fallait *oser*) dire : « Il y a de « grandes et belles choses chez M. Lamennais, mais il y a « aussi des idées incontestablement fausses et dont les consé« quences contrediraient les vérités chrétiennes. » Nos quatre-vingts condisciples furent témoins de notre opposition soutenue et des profonds désagréments qu'elle nous causa..... »

Pour qui a connu Marcadé, pour qui sait l'inébranlable fermeté avec laquelle il se maintenait dans une conviction, bien ou mal assise, il y a lieu de penser que cette opposition et ces désagréments dont il parle purent l'éloigner d'une carrière dans laquelle il supposa, à tort ou à raison, qu'il ne pourrait marcher avec son idée favorite sans s'exposer chaque jour à des luttes nouvelles. Quoi qu'il en soit, il quitta le séminaire, ses études à peine achevées, et il entra dans la vie commune.

Alors, au milieu d'épreuves auxquelles il était d'autant moins préparé que rien, dans sa position de famille, ne l'avait averti qu'il y dût être soumis, sa pensée se fixa sur un travail dont son éducation même lui avait suggéré l'idée : il prépara, sur la science morale et religieuse, un livre qui, dans son appréciation, devait avoir deux ou même trois volumes. Il en posait les bases dans des réflexions qu'il écrivait et auxquelles il ne voulait donner la forme du livre que dans un avenir éloigné, se réservant d'y revenir souvent, de les revoir, de les corriger et de les compléter. Cependant, pour pressentir l'opinion publique, et sans doute aussi pour se procurer des ressources dans l'état de pénurie où il se trouvait alors par des causes qu'il faut taire, parce qu'il les tairait lui-même, et qu'on ne les aurait pas dites, de son vivant, sans le blesser dans ses sentiments, dans ses affections les plus vives, il avait demandé et obtenu pour ses réflexions, à mesure qu'il les composait, la publicité de l'un des journaux de Rouen. Mais les attaques ne furent pas plus épargnées au jeune publiciste qu'elles ne l'avaient été à l'élève en philosophie. «Nous eûmes bientôt à essuyer en sens divers, dit-il encore lui-même, de vives critiques, de rudes agressions. Pendant que des catholiques, que nous savons dignes de toute estime, mais que nous croyons plus consciencieux qu'éclairés, nous accusaient de porter atteinte à la pureté de la doctrine évangélique, en nous jetant dans des idées libérales qui leur semblaient incompatibles avec elle, les partisans d'un libéralisme que nous voudrions voir pénétrer partout, mais qui nous paraît être sans base en dehors des principes chrétiens, nous accusaient de le détruire en lui donnant pour fondement des dogmes et des préceptes qu'ils s'imaginaient conduire à son renversement. Ainsi..., tandis que nous voulions faire comprendre au catholique que les idées chrétiennes conduisent au libéralisme comme à leur conséquence forcée, et à l'homme libéral que son système n'a de base logique que dans ces idées chrétiennes, nous avons eu, non pas toujours, à beaucoup près, mais souvent pourtant, la douleur de les voir tous deux nous repousser et s'obstiner à conserver, le premier, un principe dépouillé de sa conséquence ; le second, la conséquence séparée du principe... Les désagréments furent nombreux. Ils nous déterminèrent à cesser notre publication, et nous firent prendre la résolution de ne jamais revenir sur ces idées. »

Cette résolution, Marcadé ne l'a pas tenue ; on le verra bientôt. Mais elle fut prise très-sérieusement à cette époque ; et elle eut, alors, cela de bon qu'elle permit à cette haute intelligence de reconnaître enfin, après bien des tâtonnements, sa voie véritable, et la fit entrer dans cette carrière du Droit qu'elle parcourait avec éclat au moment où elle s'est éteinte.

Marcadé devint, en effet, alors élève de la Faculté de droit de Paris : il commença à l'âge où bien des jeunes gens achèvent, et pendant trois ans, il suivit, avec une assiduité remarquable, non-seulement les leçons de M. Demante, au cours duquel il était inscrit, mais encore celles de plusieurs autres professeurs de droit français, notamment celles de M. Bugnet. Il s'est toujours plu depuis à rendre hommage à ces doctes professeurs et à reconnaître qu'il devait à leurs savantes leçons une grande partie de ce qu'il avait acquis. C'est qu'il en suivait les enseignements bien autrement que ne le faisaient la plupart de ses condisciples. Ceux-ci ne faisaient acte de présence à l'Ecole que comme moyen d'obtenir ce certificat d'assiduité sans lequel il n'y avait pas d'examen possible. Marcadé, lui, y était conduit non pas seulement par cette nécessité, mais encore et surtout par un insatiable besoin d'apprendre et de s'éclairer ; et comme il n'acceptait pas une idée qu'il ne l'eût soumise au contrôle de sa raison ; comme il n'était pas satisfait tant qu'il ne s'était pas rendu compte, il suivait la parole du maître, la recueillait dans des notes qu'il prenait aussi étendues que possible, qu'il rédigeait ensuite une fois rentré chez lui, qu'il commentait même, qu'il discutait au besoin, et auxquelles il donnait ainsi le cachet de son individualité.

Ces notes, ou plutôt ces amplifications et ces commentaires, soigneusement conservés dans des cahiers que j'ai eu plus d'une fois l'occasion de consulter avec lui, sont devenus ensuite son *Explication théorique et pratique du Code Napoléon*, non pas que Marcadé les ait reproduits dans ce livre devenu maintenant célèbre et auquel il doit, en grande partie, son renom dans la science, mais en ce que le livre y a trouvé son idée première, et, en un sens, sa raison d'être.

Après sa sortie de l'École et quand il était retourné à Rouen, où il se fit recevoir avocat, ses cahiers lui servirent plus d'une fois, dans sa pratique, à combler certaines lacunes qu'il avait trouvées dans les ouvrages de droit même le plus en renom. Ainsi, au point de vue des principes, il remarquait que les commentaires ou les traités approfondis se bornaient à les indiquer comme des points déjà connus. Son esprit méthodique le portait à exiger plus que cela ; il aurait voulu « que tout principe fût montré sous toutes ses faces, précisé dans tous ses caractères, analysé dans sa physionomie, pour qu'on le reconnût plus tard, partout et toujours, dans quelque circonstance et sous quelque forme qu'on pût le rencontrer. » D'un autre côté, il trouvait que le raisonnement était trop souvent sacrifié à l'autorité des traditions, et que trop souvent aussi, même sur des questions capitales, « on avait des décisions sans preuves qui circulaient de livre en livre, et se transmettaient comme une monnaie courante dont personne n'avait songé même à vérifier le titre. » Or les cahiers de Marcadé étaient le résultat d'un travail dans lequel il s'était attaché précisément d'abord à mettre le principe toujours en relief, et ensuite « à substituer le raisonnement à l'autorité des traditions en remplaçant les idées de convention par des idées logiquement appréciées. » Et comme, dans sa pratique, ces cahiers lui avaient donné les moyens de combattre, quelquefois avec succès, des solutions généralement admises, il fut conduit à penser qu'un ouvrage exécuté dans l'esprit de ces cahiers, sur l'ensemble du Code civil, aurait, aux yeux des juristes, ce caractère incontestable d'utilité, qui promet, qui assure même le succès. Il se détermina à entreprendre cette œuvre : et la détermination une fois prise, il porta dans l'exécution cette ardeur et cette puissance de volonté que rien, pas même la longue et douloureuse maladie à laquelle il a succombé, ne put abattre chez lui.

Au mois de novembre 1841, après plusieurs années que l'auteur avait employées, dans le silence et la retraite, à rassembler et à coordonner les éléments divers de son œuvre, parut la première livraison de ce livre dont Marcadé s'est occupé sans relâche depuis jusqu'au dernier jour de sa vie. Il n'a pu l'achever pourtant ; la mort l'a frappé au moment où il venait de terminer ses notes sur les *Hypothèques*, qui devaient former, avec le *Traité de la Prescription*, récemment publié, le huitième et dernier volume de son œuvre. Mais il avait laissé momentanément de côté tout ce qu'on a coutume de désigner sous la dénomination de *petits contrats*, pour revenir sur ses pas après qu'il aurait mis la dernière main à son *Traité des Priviléges et Hypothèques*. C'est là ce qu'il n'a pu faire; toutefois, il n'a pas voulu que l'œuvre à laquelle il avait voué sa vie demeurât inachevée, et quand il a senti qu'il ne lui serait pas donné d'accomplir sa tâche, il a légué à un ami le soin de continuer et de compléter sa pensée[1].

Mais, plus que personne, cet ami comprend ce que la pensée aurait gagné à être exécutée en entier par celui qui l'avait conçue. Et sans doute que, même avec le peu de jours que Dieu lui avait comptés, Marcadé aurait achevé son œuvre, s'il n'eût employé ses forces et son temps à d'autres et non moins considérables travaux, dont quelques-uns, à la vérité, tout en le détournant momentanément de son commentaire, devaient cependant contribuer à le rendre meilleur.

Ainsi, il avait annoncé au public un ouvrage à la fois théorique et pratique. Mais s'il avait en lui le mérite du théoricien à un degré éminent, celui du praticien lui faisait faute, et il n'hésitait pas à le reconnaître. Comment en eût-il été autrement? La pratique ne se devine pas; il faut, pour l'acquérir, voir de près les affaires et les traiter. Or, Marcadé n'avait jamais été mêlé à la pratique au moment où il commença son entreprise. Il n'était donc pas en mesure de remplir complétement son programme. Ce fut, en partie, pour y pourvoir que, le 28 mars 1845, un peu plus de trois ans après avoir commencé sa publication, et au moment où il s'occupait de sa troisième édition, il entra dans l'ordre des avocats à la Cour de cassation, comme successeur de M. Letendre de Tourville. Assurément son commentaire s'est ressenti en bien de la part qu'il prit alors aux affaires, et pour ceux qui lisent avec attention, il est évident que le livre de Marcadé a marché de plus en plus dans les conditions du programme, et aussi dans la voie du progrès, à mesure que l'auteur avançait dans sa carrière d'avocat. En continuant de tenir toujours ferme et haut le drapeau sous lequel il s'était placé, en ne cessant pas de sacrifier la tradition au raisonnement, et à l'idée raisonnée l'idée de convention, il a été mieux pénétré des avantages de la raison *appliquée,* et plus en position de les réaliser et d'établir, ainsi, entre l'élément doctrinal et l'élément pratique, cette étroite alliance sans laquelle la science est bien souvent stérile.

---

[1] Celui qui écrit ces lignes a été choisi par Marcadé. Il accepte avec orgueil ce legs qui associe une fois de plus son nom à celui du collaborateur et de l'ami qu'il a perdu. Il ne se dissimule, pourtant, ni les difficultés, ni les périls de la tâche; et il aura besoin qu'on se souvienne qu'il ne l'aurait pas entreprise spontanément et qu'il n'a fallu rien moins, pour le déterminer, que son respect pour la dernière volonté d'un mourant. Il va revoir le travail de Marcadé, *sur les Priviléges et les Hypothèques*, dans lequel tout se réduira pour lui à l'annotation de quelques arrêts récents et à la correction des épreuves. Puis, immédiatement, il prendra le commentaire de tous les titres qui, dans le Code civil, séparent le *Louage* des *Hypothèques*, toutes matières dans lesquelles Marcadé n'avait encore rien écrit. Et si rien ne vient tromper les prévisions du continuateur, l'œuvre sera achevée dans le courant de l'année prochaine.

Malheureusement il n'était pas donné à Marcadé de fournir, comme avocat à la Cour de cassation, une bien longue carrière; plusieurs circonstances devaient lui commander d'y renoncer.

Sa santé, d'abord, était un obstacle. Né faible et souffreteux, Marcadé n'aurait pu résister longtemps aux fatigues de l'audience; c'était déjà beaucoup pour sa frêle constitution, d'avoir entrepris cette tâche si lourde que lui donnait la composition de son livre : y ajouter, par surcroît, les travaux d'un cabinet et les luttes du barreau, c'était se lancer dans une vie de labeurs impossibles, et affronter des dangers dont ses amis étaient effrayés.

Ensuite, Marcadé, avocat à la Cour de cassation, était en même temps écrivain, qualités qui n'avaient assurément rien d'incompatible entre elles, mais dont l'une ne pouvait manquer de gêner les tendances de l'autre, chez lui particulièrement, en raison de la mission qu'il s'était donnée et des formes qu'il avait prises. Marcadé avait dit hautement « qu'il revendiquerait dans la doctrine écrite l'exercice plein et entier du droit de libre examen et de franche discussion; » et s'il n'en était pas venu jusqu'à dire que personne avant lui n'eût usé de ce droit, il avait pensé, du moins, et il avait dit que la pratique en était trop timide, « que loin d'y sacrifier l'intérêt des noms propres à l'intérêt de la vérité, on y sacrifiait volontiers la vérité à l'intérêt des noms propres. » Il se récriait là-dessus, dans ses entretiens avec ses amis comme dans ses écrits. « La vérité est une, disait-il; elle est absolue et ne comporte rien de relatif; l'erreur dès lors doit être combattue sans acception de personnes, sans préoccupation des titres et qualités de celui qui l'a émise ; et si, en tous cas, on peut faire quelque différence, la réfutation la plus énergique devra s'adresser précisément à la position la plus élevée, puisque l'erreur y est plus puissante et plus contagieuse qu'ailleurs. » On comprend, d'après cela, ce que l'avocat devait imposer de gêne et de contrainte à l'écrivain, lorsque celui-ci rencontrait devant lui une doctrine de la Cour suprême à combattre, quand il avait à lutter contre une autorité éminente par-dessus toutes les autres.

De plus, sa double qualité lui créait parfois une position dans laquelle sa conscience se trouvait justement blessée. En voici une preuve dont il y a la trace dans son livre où le lecteur pourra la retrouver. Il s'agissait d'une question grave que mes souvenirs ne me permettent pas de formuler en ce moment; la Cour dont l'arrêt était critiqué avait consacré l'opinion de Marcadé : on lui proposait cependant de former le pourvoi et de le soutenir. Il s'y refusa une première fois, puis une seconde, puis une troisième, malgré les vives instances de la partie. Cependant l'intervention d'un ami le détermina à accepter : il forma le pourvoi qui fut admis par la chambre des requêtes, et il obtint une cassation à la chambre civile. En sorte que l'écrivain eut à critiquer dans son livre, un arrêt que l'avocat avait obtenu.

C'était bien plus qu'il n'en fallait pour déterminer Marcadé à laisser une carrière qui l'exposait à de pareilles contradictions : ce fait et d'autres faits analogues, plus encore que l'intérêt de sa santé, le firent céder aux conseils de ses amis, et en 1851, le 10 mai, il se démit de sa charge en faveur de M. Mimerel, après six années d'un exercice qui avait ralenti quelque peu sans doute la marche de son livre, mais qui ne fut pas sans profit pour le livre même, à raison des connaissances pratiques que l'auteur avait pu acquérir.

A peu près à la même époque, Marcadé, dont le zèle et l'ardeur étaient infatigables, consentit à fonder, avec celui qui écrit ces lignes et avec l'un de nos plus éminents jurisconsultes, M. Demolombe, cette *Revue*, à la rédaction de laquelle il a si largement concouru, et pour laquelle il écrivait encore au mois de juin dernier, presque au moment où la mort a fait tomber la plume de sa main. Au mois de janvier 1851, fut publié le premier cahier de cette *Revue* qui, plus encore que l'*Explication théorique et pratique du Code Napoléon*, a mis en relief la fécondité de Marcadé et son esprit critique. Ici encore Marcadé ne s'écartait pas de la voie qu'il s'était ouverte par la publication de son livre, car la *Revue* et le livre avaient cela de commun que le but de l'un et de l'autre fut de ramener les praticiens à l'étude sérieuse du droit par l'examen des points où la pratique s'en écarte. Aussi peut-on se convaincre, en reprenant un à un les remarquables articles par lesquels il a payé son tribut à la rédaction, que loin de sacrifier son livre à la *Revue* ou la *Revue* à son livre, il les employait l'un et l'autre comme deux agents qui se prêtaient, pour l'expression de sa pensée, un mutuel secours.

A ce point de vue, il est vrai de dire que son œuvre n'eut réellement pas à souffrir soit de l'exercice de ses devoirs d'avocat à la Cour de cassation, soit de sa collaboration à la *Revue critique*. Mais elle a souffert, sans compensation aucune, au moins pour l'œuvre elle-même, de la publication qu'il fit, en 1847, de ses *Études de science religieuse*. Marcadé qui, je le disais tout à l'heure, avait pris la résolution de ne jamais revenir sur ces idées, après les attaques dont il avait été l'objet lorsqu'il les produisit pour la première fois, fut cependant repris, en 1847, de l'impérieux besoin de les communiquer. « Quand une pensée, disait-il, a fortement pris possession d'une intelligence, ce n'est pas l'homme qui est maître de cette pensée, c'est la pensée qui devient maîtresse de l'homme et ne cesse de peser sur lui jusqu'à ce qu'il la communique. Ainsi nous est-il arrivé. La peur nous avait arrêté...... Mais le besoin providentiel de communication devait l'emporter sur la peur. Nous avons compris qu'il n'était pas permis à l'homme de tenir cachée la pensée qui est devenue chez lui une intime conviction..... » Marcadé se mit donc à revoir les réflexions qu'il avait écrites à l'âge de 22 à 26 ans, après sa sortie du séminaire, à les corriger et à les compléter ; et il les publia, non pas avec toute l'extension qu'il s'était d'abord proposé de leur donner, mais en un volume de près de 700 pages, auquel il donna le titre d'*Études de science religieuse expliquée par l'examen de la nature de l'homme.* On assure qu'il a donné une année tout entière aux soins de cette publication. Année précieuse qui lui aurait suffi sans doute pour combler la lacune qu'il laisse dans son commentaire du Code Napoléon ; année qu'il a dépensée dans l'intérêt d'une conviction fort respectable, mais qui a été perdue pour son commentaire et que Dieu ne lui a pas rendue !

En 1852, Marcadé s'était affaissé en quelque sorte sous le poids des travaux qu'il avait exécutés. Sa santé s'était visiblement altérée. Plus rien ne le retenait à Paris, car depuis près d'un an il avait cessé d'être attaché au barreau de la Cour de cassation, et il pouvait continuer ailleurs qu'à Paris son commentaire du Code et sa collaboration à la *Revue*. Les goûts et les affections de toute sa vie le rappelaient dans son pays natal; il comptait qu'il retrouverait à l'air de son pays et dans le calme de sa chère campagne qu'il avait à Raimbouville, près de Rouen, les forces qu'il sentait diminuer chaque jour. Il quitta donc Paris avec sa famille le 5 juin 1852, dans la pensée que, sa santé rétablie, il y reviendrait reprendre et continuer sa vie de travail.

Illusion vaine! il ne devait plus s'y fixer; et il n'a revu Paris que pour quelques instants, quand il venait, avec l'exactitude qu'il apportait en toutes choses, assister aux réunions mensuelles des rédacteurs de la *Revue*. Il y vint pour la dernière fois au mois d'octobre 1853. En nous quittant alors il nous annonçait, plein d'espérance, qu'il allait subir une opération qui devait avoir pour résultat de le rendre définitivement à la santé. Illusion encore! ce fut là comme le point de départ des accidents qui l'ont conduit au tombeau. Il s'alitait, en effet, au mois d'octobre; et après dix mois d'une longue et cruelle maladie, il a succombé, le 17 août suivant, sans s'être relevé!

Pendant le cours de cette douloureuse période, le découragement est venu le visiter souvent; mais l'espérance ne l'a pas abandonné, si ce n'est une fois, aux derniers jours de sa vie. Il pratiquait fidèlement ses devoirs de chrétien; il n'avait pas cessé de le faire pendant le cours de sa maladie. Le 15 août, deux jours avant de mourir, il reçut la communion. Et, comme il avait conservé religieusement l'image sur laquelle avait été écrite la date du jour où il s'était approché, pour la première fois, de la sainte table, il voulut, le 15 août, que cette image fût déposée sur l'autel qui avait été dressé dans sa chambre : l'un des assistants lui en ayant demandé la raison, après la sainte cérémonie, « c'est, répondit-il, pour que le souvenir de ma première communion fût là, présent pour tous, à la dernière. »

Ainsi il avait perdu l'espérance alors, et il l'avait perdue sans retour. Mais jusque-là son assurance n'avait été que bien rarement troublée, et quand ceux qui l'entouraient ne se faisaient plus depuis longtemps aucune illusion, il comptait, lui, sur un long avenir encore, et formait, pour le temps où il serait rendu à la santé, des projets qui, malheureusement, ne devaient pas se réaliser!

Nous sommes encore bien près du jour où cette tombe s'est ouverte pour qu'on puisse se livrer, avec une entière liberté d'esprit, à l'appréciation des travaux de celui qui y est descendu. Le jour viendra où cette appréciation pourra et devra être faite : cette *Revue*, qu'il a concouru à fonder, ne saurait faillir à son devoir. Mais aujourd'hui c'est à l'homme seul qu'il est permis de penser.

Quelques-uns, qui ne l'ont pas connu, l'ont jugé sur son style ; et parce que, dans sa forme d'écrire, il ne savait pas toujours garder une juste mesure, ils en ont conclu qu'il devait être incommode et fâcheux dans les rapports de la vie privée. De toutes les appréciations, c'est la plus inexacte. Marcadé a été ce qu'il y avait de meilleur, de plus affectueux, de plus doux, de plus facile aux relations. Si, dans ses écrits, il a blessé parfois ses contradicteurs ou ses adversaires, ce fut toujours sans intention : les torts de sa polémique lui étaient, en effet, si complétement inconnus qu'il abordait ceux qu'il avait attaqués sans se douter qu'ils eussent quoi que ce soit à reprendre dans la critique dont ils avaient été l'objet. C'est que ces torts ne furent pas les siens, à vrai dire ; ils furent plutôt ceux de son éducation première ; ceux de la solitude dans laquelle il avait toujours vécu, entre ses livres et sa famille ; peut-être aussi ceux de sa constitution maladive.

Ses amis et ceux qui l'ont connu avaient conscience de cela. Aussi ont-ils déploré sans réserve cette mort si prématurée qui a frappé, dans la force de l'âge, un homme de bien, un ami sûr, une intelligence d'élite. Une pensée les console pourtant. Marcadé vivant était discuté ; il avait ses détracteurs et ses adversaires. La mort est venue maintenant ; avec elle est venu aussi le jour de la justice ! L'appréciation désormais sera calme et raisonnée, exempte de préjugés et de passions. N'en demandons pas davantage pour Marcadé ; son nom, qui grandissait déjà à mesure que l'auteur avançait dans l'accomplissement de sa tâche, y trouvera tout son éclat et sa véritable grandeur !

Paul PONT,

Docteur en droit, président du tribunal de Corbeil.

EXAMEN DOCTRINAL

Des principaux arrêts rapportés par les recueils dans les cahiers d'octobre 1853.

Par M. Coin-Delisle, avocat à la Cour impériale de Paris.

(Deuxième article.)

SOMMAIRE.

I. *Vente à la mesure.* — Elle peut, par la force des stipulations, être ramenée à la vente en bloc. — Les tribunaux, en reconnaissant une stipulation dérogatoire à la garantie de mesure, doivent en tenir compte, si elle n'est pas attaquée comme frauduleuse. — Les stipulations captieuses qu'introduit la pratique trouveront leur remède dans la surveillance des Chambres de discipline.

II. *Réhabilitations de mariage.* — *Officier incompétent.* — Ces actions sont moins favorables que sous l'ancien Droit. — Elles sont cependant quelquefois nécessaires et morales. — Quel moyen doit donner, à l'égard des tiers, sécurité aux époux quand l'action est rejetée ?

III. *Bigamie.* — *Règlement de communauté.* — Comment se réglait sous l'ancien Droit la communauté entre les femmes de bonne foi du bigame. — Opinion des auteurs modernes. — Arrêt récent. — Espèce de l'arrêt. — Examen de sa doctrine et règles qui en découlent pour les cas ordinaires. — 1re règle. La femme légitime a droit à sa part de communauté, même pendant le cours de la bigamie. — 2e La seconde femme de bonne foi n'est pas simple associée ; elle a un droit de communauté. — 3e Elles ont l'une et l'autre une action en dommages-intérêts. — 4e Les biens de communauté sont délivrés d'abord à la femme légitime. — 5e Comment sont fixés les dommages-intérêts. — 6e Le droit de communauté de la seconde femme ne commence qu'au jour du mariage putatif. — 7e Comment peuvent être modifiées les conventions matrimoniales nuisibles à la seconde femme.

I. — Cassation, 7 novembre 1853. — Dev. et Car., 53; 1, 681. — De cet arrêt rendu sur une modique affaire, peuvent résulter de graves enseignements pour la pratique.

Ce qui en résulte en droit est que « la vente *à la mesure* peut « n'en avoir que le nom, et peut être ramenée, par la force des « stipulations, à une vente *en bloc* qui ne permet pas le mesu- « rage, quel que soit le déficit. »

Lors d'une adjudication par-devant notaire d'un immeuble divisé en plusieurs parcelles, la mise à prix était fixée *à tant* les 39 centiares, 10 milliards, et chaque article parcellaire était accompagné d'une désignation de contenance, avec cette clause dans le cahier des charges : « Les adjudicataires prendront les « immeubles dans l'état où ils les trouveront actuellement, sans « exception ni réserve, mais aussi *sans pouvoir faire aucune ré-« clamation* pour cause d'erreur dans la désignation ou le déficit « de contenance. Bien que chaque parcelle de terre ou pré soit « adjugée *à tant la mesure*, il est entendu, PAR DÉROGATION *à « l'art. 1617 du Code civil*, que le prix du morceau sera calculé « sur la contenance *indiquée*, qui est celle du titre, ET NON *sur la « contenance réelle*, la contenance en plus ou en moins même au « delà d'un vingtième devant tourner à l'avantage ou au préju-« dice des acquéreurs, qui, par cette raison, devront mettre à la « mesure un prix plus ou moins élevé, selon qu'à leur connais-« sance, aidée d'ailleurs par la déclaration qui en sera faite au « fur et à mesure de l'adjudication, la contenance indiquée et « servant de base pour le prix, sera supérieure ou inférieure à « la contenance réelle. »

Un sieur Aubry acheta trois parcelles : la contenance indiquée tait de 108 ares ; le déficit de 23 ares, environ un cinquième.

Il assigna en réduction proportionnelle de son prix : le tribunal de Sedan regarda l'art. 1617 comme une loi d'ordre public à laquelle on ne pouvait déroger, disant « que la convention qui « tendrait à obliger l'acquéreur à payer un prix pour une chose « qui ne peut lui être fournie est nulle, et d'ailleurs illicite comme « contraire à la bonne foi qui doit régner dans les contrats. » Il ordonna donc la réduction.

L'affaire n'était que de premier ressort. Le jugement fut déféré par le vendeur à la Cour de cassation.

Cette Cour a cassé le jugement, en se fondant « sur ce que l'ar-« ticle 1617 ayant pour objet de régler des intérêts purement « privés, la loi laissait à la libre disposition des contractants d'y « déroger ; sur ce que le jugement ne constatait pas que cette « convention fût entachée de dol et de fraude, ni même qu'elle « eût été attaquée sous ce rapport, et par conséquent, que ledit « jugement, en refusant force obligatoire à la convention, a violé « formellement l'art. 1134 du Code Napoléon et faussement ap-« pliqué les art. 6 et 1617 du même Code. »

Deux observations sur cet arrêt.

Qu'on ne s'y méprenne pas : cet arrêt n'est pas un retour de la Cour suprême à la cassation pour violation par les parties de la loi du contrat. La Cour n'a rien eu à interpréter, puisque le jugement attaqué reconnaissait implicitement qu'il ne tenait pas compte de la clause, en la déclarant nulle et l'effaçant du contrat. L'arrêt décide donc seulement que les juges qui suppriment du contrat une clause comme nulle, quand aucune loi ne la prohibe, violent la loi qui donne aux conventions légalement formées la force obligatoire.

La seconde observation est que la Cour de cassation a bien senti ce que la clause qu'elle devait maintenir a de dangereux : elle a dit ouvertement que la clause n'avait pas été attaquée pour cause de dol et de fraude, et que le jugement ne constatait pas qu'elle en fût entachée.

Donc, nous ne faisons pas place à cet arrêt dans la *Revue*, pour donner la clause comme un exemple à suivre ; au contraire, c'est un exemple à éviter dans la pratique notariale.

Rien de plus contraire à la rédaction loyale du notariat que les clauses conçues en termes destructifs des termes précédents ; on n'y saurait être trop précis et trop clair ; le lecteur d'une affiche, l'auditeur d'un cahier de charges, ayant entendu ou vu une phrase complète, l'annonce d'une vente *à la mesure*, cesse d'être attentif au reste, pour chercher rapidement le lot qu'il veut acquérir. Que dire d'ailleurs de celui qui entre dans la salle au milieu de la chaleur des enchères, et qui se décide soudainement à enchérir, parce qu'il connaît la nature du terrain et qu'il voit qu'on vend à la mesure? Doit-il être victime des circonlocutions captieuses qu'il n'a pas lues? Le notaire ne doit jamais oublier qu'il est l'homme du public avant d'être celui du client.

Je sais que, soit dans quelques cantons, même voisins de la capitale, soit dans quelques départements éloignés, ces clauses deviennent fréquentes. On affiche *à tant* la mesure ; on stipule que néanmoins on ne garantit pas la mesure. L'enchérisseur oublie dans sa préoccupation la clause de non-garantie, et achète plus cher qu'il ne croit, s'il se trouve un déficit notable. C'est une mauvaise coutume : rien dans le notariat ne doit être captieux. Si vous voulez vendre par lots, sans garantie de mesure, rien de plus facile que de désigner les limites des parcelles et de les vendre chacune *per aversionem*, comme un tout indépendant de son étendue ; si vous voulez faire enchérir *à tant* l'hectare, restez dans le droit commun. C'est ce que font les notaires scrupuleux. La convention est valable, dira-t-on. L'acquéreur sera tenu de s'y soumettre ; c'est vrai : mais il se présentera des espèces où l'on invoquera la fraude ; mais si les tribunaux maintiennent les contrats hasardeux, quand il est prouvé que celui qui s'en plaint en a bien connu les termes, au-dessous des tribunaux et sous leur surveillance est le pouvoir disciplinaire, chargé de veiller à ce que la pratique n'amène pas des abus, susceptibles de discréditer et les achats par adjudication, et les notaires qui tendent ainsi un piége à l'inattention. Le pouvoir disciplinaire suffit pour détruire cette mauvaise coutume.

II. — Gand, 27 mai, 1853. — Dalloz, 53 ; 2, 220. — Cet arrêt mérite d'être signalé en raison de la matière importante dans laquelle il a été rendu : les réhabilitations de mariage nuls dans la forme.

En fait, un maître voulant épouser sa servante, et craignant les railleries du voisinage, alla contracter mariage dans le lieu d'origine de celle-ci, sans prendre la précaution de le lui faire habiter pendant six mois. Puis, il revint avec sa femme au lieu de sa demeure habituelle, où ils vécurent comme mari et femme. Un enfant naquit de cette union, et le sentiment paternel éveilla en eux des doutes sur la validité de ce mariage. Ils voulurent donc, trois ans après, le réitérer à leur domicile commun. L'officier de l'état civil s'y refusa. Ils l'assignèrent devant le tribunal civil de Bermoude pour les voir autoriser à procéder, par-devant lui, à une nouvelle célébration de leur mariage, après l'accomplissement des formalités prescrites par la loi. — Mais le tribunal civil repoussa leur demande comme non recevable et mal fondée ; sans déclarer, toutefois, si le premier mariage était valable ou nul ; et, en effet, le tribunal n'était pas saisi d'une demande en nullité. Ils interjetèrent appel ; et la Cour de Gand, reconnaissant que l'officier de l'état civil du premier mariage avait été incompétent au temps de la célébration, et sans néanmoins entendre en rien statuer sur la validité du mariage, infirme le jugement et ordonne à l'officier de l'état civil du domicile commun, de procéder à une nouvelle célébration du mariage.

La Cour de Gand me paraît avoir bien jugé *dans l'état où se trouvait la cause*. Aucun texte de loi n'interdit la célébration itérative d'un mariage dans le cas où, à raison d'une irrégularité grave, les époux auraient de justes motifs de craindre que plus tard l'acte ne devînt l'objet d'une attaque en nullité.

Dans l'espèce, le ministère public paraît n'avoir été que partie jointe : de sorte qu'il ne pouvait y avoir de procès sur la validité ou sur la nullité du premier mariage : les deux époux n'avaient pas d'adversaire sur ce point. Donc la Cour ne pouvait s'occuper de la validité du premier mariage par voie de dispositif. — Elle a pensé qu'il ne fallait pas réduire les demandeurs à douter perpétuellement de la validité de leur mariage et de l'état civil de leurs enfants.

Elle a considéré sans doute, et avec raison, qu'elle ne rassurerait pas suffisamment les parties, si elle rejetait la demande, en déclarant dans les motifs que le mariage célébré étant valable, il n'y avait pas lieu d'admettre la demande. En effet, les motifs d'un arrêt ne constituent pas la chose jugée ; et les collatéraux auraient toujours eu l'action en nullité, si la Cour avait refusé la célébration nouvelle, par le motif que les craintes des époux lui auraient paru exagérées.

Il ne faut pas cependant induire de mon opinion sur cet arrêt, qu'à mon avis, la question de savoir si les tribunaux doivent admettre l'itérative célébration, par cela seul que les époux ont des craintes sur l'observation de quelques formalités, soit une question simple et qui doive se résoudre uniformément.

Elle me paraît, au contraire, d'autant plus délicate que le jugement qui permettra l'itérative célébration, constituera un préjugé contre la validité de la première célébration. On se demandera toujours pourquoi, malgré l'attention des magistrats à réserver les droits antérieurs, ils auraient ordonné une seconde célébration, si la première leur avait paru suffisante.

Par conséquent, le droit des collatéraux demeurera entier, non pas contre le second mariage, mais contre le premier ; il trouvera un auxiliaire dans le jugement ou l'arrêt de réformation, et s'il triomphe, il aura au moins ce désavantage de soustraire à la communauté les acquêts faits, dans l'intervalle des deux célébrations, soit avec les économies des époux, soit avec les biens mobiliers échus à l'un d'eux ou à tous deux : le désavantage sera encore plus grand, si les époux, confiants dans la nullité qu'ils croient exister, s'avisaient, avant la seconde célébration, de faire un nouveau contrat de mariage. Les juges ont toujours à craindre qu'une demande relative à des droits de famille ne cache des intérêts d'argent.

D'ailleurs, le mariage étant indissoluble dans sa durée, il paraît assez bizarre que le commencement en soit incertain et qu'on puisse le choisir dans deux dates. — Comment, au surplus, ôter aux magistrats le droit d'examiner si la réitération demandée est chose nécessaire; et, par conséquent, de déclarer l'action non recevable, parce que les demandeurs ne prouvent pas que l'acte soit attaquable ?

On en a vu un exemple en 1840. Un arrêt de Cour d'assises de janvier 1834, avait condamné un sieur de Girardin à la peine de mort pour crime politique : la condamnation avait été prononcée par contumace; elle fut exécutée par effigie, le 15 février suivant. Les cinq années de grâce expiraient le 15 février 1839. Le 27 avril 1840, une ordonnance du roi prononça l'amnistie en faveur de tous les condamnés pour crimes ou délits politiques, qu'ils fussent ou non détenus dans les prisons de l'État. Madame de Girardin, née de Meaulne n'avait jamais quitté son mari. Les époux conçurent des doutes sérieux sur leur état, et demandèrent conjointement qu'il fût procédé à un mariage nouveau; l'officier de l'état civil se refusa à sa célébration. Les questions étaient graves. L'expiration des cinq années de grâce, combinée avec cette circonstance que l'amnistie ôtait au contumace la possibilité de se représenter, ne rendait-elle pas définitives les incapacités pendant la période précédente ? L'amnistie, d'ailleurs, dont le nomne se trouvait pas dans la Charte, avait-elle, comme la grâce, l'effet de restituer le condamné dans l'intégrité de ses droits pour le passé ? Le tribunal d'Angers pensa que les incapacités intermédiaires n'étaient pas effacées, et ordonna qu'il serait passé outre à une nouvelle célébration. — Sur l'appel interjeté par le maire, officier de l'état civil du domicile commun, la Cour royale d'Angers a jugé le contraire, et a déclaré les intimés non recevables dans leur demande de contracter mariage à nouveau. (Angers, 21 août 1840. Dev. et Car., 40; 2, 37. Dal., 40; 2, 243.) Or, il est évident qu'il y avait doute de bonne foi, puisque les juges des deux degrés ont été de contraire avis; il est évident encore que l'arrêt qui est rendu contre l'officier de l'état civil seul ne peut pas avoir force de chose jugée contre les parties intéressées à la nullité intermédiaire, parce que la chose jugée n'est que le refus de célébration nouvelle.

La réhabilitation des mariages contractés devant un prêtre autre que le propre curé, était en effet très-fréquente sous l'ancien Droit. Il y a plus, elle était prescrite, et la déclaration du roi du 15 juin 1697 (Code matrimonial, p. 147), avait pour objet de contraindre à cette réhabilitation. Mais, quoique, civilement, quand la bonne foi était constante et que le mariage avait subsisté publiquement pendant longues années, on vînt à bout de préserver souvent ces mariages d'annulation par des fins de non-recevoir, il ne faut pas oublier que, canoniquement, la présence du propre curé ou sa permission était de l'essence du sacrement. Ainsi, rien n'était plus naturel, dans un temps où l'état civil était aux mains du clergé, qu'un mariage réhabilité par le propre curé, quand il avait été contracté devant un prêtre incompétent. Jusque-là, il n'y avait pas eu sacrement; il n'y en avait que la profanation. Mais notre loi civile n'est pas aussi formelle : elle ne paraît point attacher la peine de nullité à la seule incompétence de l'officier public, et semble vouloir, pour que cette incompétence produise un effet irritant, qu'il y ait eu absence de publicité au temps où le mariage a été contracté. Le législateur devait en effet être plus indulgent pour l'acquisition d'un droit civil, que l'Église pour la collation d'un sacrement, dont elle pouvait faire dépendre l'efficacité du caractère spécial du ministre. De cette manière d'entendre l'art. 191, il suit que la réhabilitation est bien moins impérieuse que sous l'ancien Droit, et il en suit encore que, tant que les parties ne prouvent pas que le mariage a été clandestinement contracté, les juges ont le droit de refuser la célébration.

Ces actions en réhabilitation de mariage pour couvrir la nullité de forme, dirigées seulement contre l'officier de l'état civil, ont donc un double inconvénient : elles peuvent être repoussées s'il convient aux tribunaux ; et, si elles sont repoussées faute de preuve suffisante de la nullité, les autres parties intéressées n'en auront pas moins le droit d'attaquer le mariage.

Ces actions ont pourtant en elles-mêmes quelque chose de moral, qui doit empêcher de les proscrire, et qui appelle la protection du ministère public, pour qu'elles aient une issue régulière et efficace.

Or, elles auront une issue régulière et efficace, même à l'égard de ceux qui auraient un intérêt éventuel à la nullité du mariage, si le jugement statue sur la nullité ou sur la validité du mariage primitif et s'il est rendu avec un contradicteur légitime.

Le ministère public est ce contradicteur légitime : il suffit pour cela qu'il ne se contente pas de parler comme partie jointe ; qu'il intervienne comme partie principale et qu'il conclue, suivantque l'instruction l'aura éclairé sur la suffisance ou l'insuffisance de publicité, au maintien du premier mariage indirectement attaqué, et par voie de conséquence au mal fondé de la demande en nouvelle célébration, ou à la nullité du premier mariage, et conséquemment à la nécessité de la réhabilitation.

Et le ministère public a ce pouvoir : celui que lui confère l'art. 191 d'attaquer le mariage comprend nécessairement celui de veiller à son maintien, et d'empêcher qu'on ne fasse une célébration superflue, qui ferait présumer une nullité reconnue, là où il n'y en aurait pas.

De cette manière les époux obtiendront enfin (qu'ils gagnent ou qu'ils perdent leur procès) la sécurité résultant soit de la chose jugée, soit d'un acte fait dans des conditions nouvelles de compétence et de publicité.

III. — Bordeaux, 18 mai 1852. — Dalloz, 53, 2, 221. — *Pal.*, t. II, de 1853, p. 241. — Les désordres des hommes amènent des perturbations dans le Droit. Comment régler le droit de communauté quand un mari s'est rendu coupable de bigamie et que la seconde femme est de bonne foi ? Telle est la question qui s'est présentée au tribunal de Périgueux et à la Cour impériale de Bordeaux.

Cette question a dû se présenter quelquefois, mais rarement, parce que ceux qui tombent dans de pareils désordres ne laissent pas ordinairement de grands biens. On trouve donc sur ce point peu de documents anciens. Le plus célèbre est l'arrêt du 7 juillet 1584, rapporté par Carondas, liv. VIII, réponse 7. « Un « mari, père de deux enfants, abandonne sa famille et va se re- « marier au loin sous un autre nom. De cette nouvelle union « naît un fils ; mais le père se livrait à un trafic criminel qui, en « l'enrichissant et lui permettant de faire des acquisitions, lui « inspirait des craintes sur les poursuites de la justice. Ces « craintes l'emportent bientôt dans un autre pays ; il y contracte « un troisième mariage. Sa fortune s'y accroît ; ses acquêts aug- « mentent ; il semble que son travail criminel soit béni, quand « tout à coup il est reconnu par un parent de sa première femme « que le ciel adresse au lieu de ses succès. L'épouvante le saisit, « il prend la fuite, trouve un asile nouveau, y tombe malade, « mande le curé et laisse un testament par lequel il lègue ses « biens à ses divers enfants, en ordonnant qu'on avertisse de « son décès les mères de ces enfants, les désignant toutes par

« leur nom, sans oser se dire le mari d'aucune. Sa succession ne « se composait que de meubles et d'acquêts et fut disputée aux « deux femmes nouvelles et à leurs enfants par les enfants du « premier mariage, dont la mère était décédée peu de temps « avant son mari. Ceux-ci disaient que le second et le troisième « mariage de leur père étaient nuls, qu'il n'y avait pour les « femmes ni dot, ni douaire, ni communauté, suivant la loi 4, au « Code, *de incertis nuptiis*, et que les enfants, comme bâtards, « étaient incapables de succéder. Les femmes survivantes exci- « paient de leur bonne foi : elles ne devaient pas être dépouillées « de la moitié des biens qu'elles avaient acquis et ménagés avec « l'homme qu'elles regardaient comme leur légitime et vrai « mari ; on ne devait pas exclure leurs enfants de la succession « de leur père. — L'arrêt attribua aux enfants du premier lit, « comme héritiers de leur mère, la moitié de tous les biens que « comprenait la communauté à l'époque du second mariage, et « à chacune des femmes la moitié des meubles et conquêts faits « pendant leur cohabitation ; et les enfants reçurent à titre de « succession la part du mari dans chacune de ces trois com- « munautés. »

M. Vazeille qui rapporte cet arrêt en trouve les dispositions justes et raisonnables à l'égard des trois épouses. En cela, il a suivi l'opinion du *Nouveau Dénisart*, mot *Bonne foi des contractants*, § 3, n° 3, tom. III, p. 614 : « Quant aux droits de plu- « sieurs femmes qui auraient contracté de bonne foi, et dont le « mariage aurait subsisté en même temps sur les biens que le « mari, domicilié en pays où la communauté a lieu, aurait acquis « pendant le cours de ces mariages, le parti le plus raisonnable « semble être de considérer les acquisitions faites pendant la « durée de la cohabitation avec chaque femme, comme le résul- « tat d'une société telle qu'elle aurait pu exister entre personnes « étrangères, et de partager les bénéfices, non pas selon les rè- « gles de la communauté conjugale coutumière, mais plutôt se- « lon les règles générales du contrat de société. »

Cette opinion fut partagée par M. Toullier, t, I, n° 665, et par M. Duranton, t. II, n° 373.

Nos maîtres n'ont pas fait assez attention à l'époque où se sont passés les faits qui ont donné lieu à l'arrêt de 1584. Evidemment ils étaient tous *antérieurs à la formation* de la coutume; il n'existait pas encore, lorsqu'ils se sont produits, de texte qui donnât à la femme roturière le droit de renoncer à la communauté. Dans un cas extraordinaire, on pouvait donc considérer même la communauté conjugale comme une de ces communautés taisibles entre compaings, qui se formaient par la cohabitation et la confusion des biens pendant l'an et jour. D'ailleurs, dans l'espèce de l'arrêt de 1584, il paraît que les femmes ne demandaient pas autre chose que leur part de communauté tronçonnée suivant le temps de chaque cohabitation, et les conclusions des parties circonscrivaient l'examen judiciaire; il paraît aussi que, pendant chaque cohabitation, les bénéfices avaient été convertis en immeubles, qui, à l'égard des femmes de bonne foi, auraient été des propres de communauté auxquels elles n'auraient eu aucune espèce de droit si leur mariage eût été légitime. On n'a pas non plus réfléchi que, dans les espèces irrégulières, le juge était plus libre sous le droit des coutumes que sous des lois codifiées : car, autrefois, sa conscience lui disait que la coutume ne s'était établie que pour les espèces régulières, tandis qu'aujourd'hui, dès qu'il se trouve sous la domination d'un texte, le devoir du juge est d'obéir.

Notre regrettable Marcadé, est le premier, je crois, qui ait écrit dès 1842 (p. 228 de la 1re édition, t. Ier, p. 557 de la 4e sur l'art. 202) : « La première femme aura toujours la moitié (ou « toute autre fraction déterminée en son contrat de mariage) du « fonds commun, diminué de la mise de la seconde femme..... » Il entre ensuite dans quelques détails que j'examinerai plus loin. M. Demolombe a aperçu et professé la même vérité en 1846, dans le IIIe volume de son grand ouvrage, n° 377, où il se demande, sur les travaux de ses devanciers : « Ne ferait-on pas « mieux de liquider successivement et séparément chacune de « ces communautés en commençant par la plus ancienne ? On en « déduirait les mises provenant du chef de l'autre conjoint de « bonne foi, et le partage aurait lieu comme si aucune autre « communauté ne s'était formée en concurrence avec elle. Puis, « on en viendrait à la seconde communauté, et alors l'époux de « bonne foi serait fondé à prétendre que la part attribuée au « premier conjoint sur la communauté dissoute a diminué d'autant à son préjudice la communauté à laquelle il avait droit, et « il exercerait sur les biens personnels de son conjoint une récompense égale à ce préjudice. »

Tel était l'état de la doctrine sur ces questions, quand s'est présentée l'espèce dont les arrêtistes ont rendu compte.

Jean Lamaud, Français, fuyant sa patrie comme réfractaire à la conscription, épousa Antonia Martinez, en Espagne, vers 1813. Peu d'années après, il abandonna sa femme, passa en Amérique, et s'établit à la Havanne; puis, le 29 janvier 1821, contracta un mariage apparent avec Claudia Arguellès, ignorante du premier mariage. Il fit une fortune considérable, la réalisa, revint avec sa seconde femme en France en 1832, fit des acquisitions aux environs de Périgueux et mourut en 1837, sans héritiers à réserve, en laissant Claudia Arguellès sa légataire universelle.

Il y avait dix ans que celle-ci était en possession, elle était même remariée avec un sieur Labrousse, quand la dame Antonia Martinez, en sa qualité de veuve Lamaud, l'assigna devant le tribunal de Périgueux en délaissement de tous les biens de la communauté de feu Jean Lamaud. Claudia Arguellès excipa de sa bonne foi, prétendit qu'une communauté *spéciale* avait existé entre elle et son mari, et réclama une moitié de cette communauté comme copartageante, et la seconde comme légataire universelle de son mari.

Les deux mariages s'étaient faits l'un et l'autre sans contrat.

Un jugement du 11 juillet 1851 reconnut qu'il s'était établi une communauté conjugale entre la dame Antonia Martinez et Jean Lamaud, fit cesser cette société au 29 janvier 1821, jour du second mariage; ordonna que la moitié appartenant à Jean Lamaud dans cette première communauté tomberait dans la communauté suivante; considéra que tout ce qui s'était passé depuis le 29 janvier 1821 jusqu'au décès de Jean Lamaud, était une société nouvelle partageable entre lui et sa seconde femme, et adjugea ainsi à la dame Claudia Labrousse la moitié de la seconde communauté, comme épouse de bonne foi, et la part de Jean Lamaud dans les deux communautés comme légataire universelle.

Ce jugement fut réformé par la Cour de Bordeaux. Les premiers juges avaient suivi la tradition de l'arrêt de 1584. La Cour impériale de Bordeaux en maintenant que les biens acquis depuis le premier mariage jusqu'au second, se partageraient en deux, moitié pour le mari, moitié pour la première femme, ordonna que tous les biens acquis depuis le second jugement seraient attribués pour moitié à Antonia Martinez, épouse légitime, et pour moitié à Claudia Arguellès, épouse de bonne foi, à la charge par les deux femmes de contribuer, par part égale, au paiement des dettes.

Cet arrêt doit servir de base pour développer les principes applicables au règlement de communauté en cas de polygamie.

Première règle. — Le fait du second mariage du bigame est un fait coupable, qui ne peut en rien diminuer les droits de communauté de la femme légitime : celle-ci a donc droit à moitié de la communauté pendant toute la durée du mariage, et jusqu'à la mort d'un des époux légitimes, à moins que la communauté n'eût pris fin auparavant par la séparation de corps ou par la séparation de biens.

C'est ce qu'avaient déjà dit MM. Demolombe et Marcadé ; c'est ce que l'autorité de la Cour de Bordeaux nous enseigne. « La « communauté de la première femme embrasse toute la durée du « mariage et s'est continuée jusqu'au décès du mari, nonobstant « l'union indûment contractée par lui au cours du vrai et lé- « gitime mariage ; donc tous les biens acquis depuis le second « mariage sont pour elle, comme ceux qui auraient été acquis « auparavant, des acquêts de cette communauté dont la loi lui « attribue la moitié (tant qu'elle n'est pas dissoute par une cause « légale) et la première épouse ne peut voir diminuer son droit « ni par le crime du mari, ni par l'erreur de la seconde femme. »

Seconde règle.—La seconde épouse de bonne foi a un vrai droit de communauté, et non pas un simple droit d'associée de fait.

La loi le dit : le mariage putatif produit les effets civils à l'égard de l'époux de bonne foi (art. 202). Or, en Droit français, la communauté légale ou conventionnelle est un effet civil du mariage, auquel les époux peuvent déroger, soit en la modifiant, soit en l'excluant par contrat de mariage. L'épouse de bonne foi comme l'épouse légitime « n'est associée du mari qu'en tant « que femme et comme commune en biens, » dit avec raison notre arrêt. Elle jouit, à cause de sa bonne foi, du privilége de la renonciation si la communauté lui paraît mauvaise ; elle jouit à l'égard des tiers, même en cas d'acceptation, du privilége de ne payer les dettes que jusqu'à concurrence de l'émolument. Ce droit incontestable prouve assez qu'elle a contracté une véritable communauté et non une société civile ordinaire.

Si les mariages nuls, mais accompagnés de bonne foi de l'une des parties, produisent civilement la validité unilatérale des conventions matrimoniales, et par conséquent la communauté à défaut de contrat dans tous les cas autres que la bigamie, on ne doit pas inventer, pour le cas unique de bigamie, une prétendue société universelle de biens, telle qu'on pourrait la contracter avec personnes étrangères ! Les effets civils du mariage de bonne foi sont les mêmes, quel que soit le vice dont le mariage est entaché.

C'est une malheureuse idée que celle d'une société particulière contractée par le mari durant le mariage ; c'est pourtant celle qui a travaillé presque tous les jurisconsultes anciens et modernes : elle est fondée sur ce principe vrai, que le mari est maître et seigneur des biens de la communauté, qu'il les peut perdre et les aliéner. Il aurait pu contracter une société avec un tiers ; donc la société de fait, qu'il a malicieusement contractée avec une autre épouse de bonne foi, doit produire effet sur les biens de la communauté.

Certes, le mari a le pouvoir de contracter une société avec des tiers, quoique en résultat cette société devienne nuisible à la communauté; mais alors même, il fait un contrat licite, et le tiers avec lequel il traite sait qu'il forme une société dont il connaît les clauses et les conditions. Dans notre espèce, au contraire, le bigame sait qu'il commet un crime ; il sait qu'il forme une société illicite, sur une cause contraire aux lois et aux bonnes mœurs ; par conséquent nulle et sans effet, suivant les art. 1131 et 1833 du Code civil. Quant à la seconde femme, elle n'a qu'une intention relative à ses droits pécuniaires : celle qui résulte de son contrat de mariage (s'il en est fait un), ou la volonté d'être en communauté légale. On ne peut pas lui supposer d'autre intention : or, il n'y a pas de contrat de société sans l'intention commune des parties. Le mari ne pouvait pas la former ; la femme abusée n'en avait pas l'intention : donc, il ne peut exister qu'une communauté légale ou conventionnelle pour cette malheureuse femme ; détruisez ce droit, il n'existe rien du tout.

Ce qui le prouve plus fortement encore, c'est que, si c'était une société particulière semblable à celle qui se contracte entre étrangers, il faudrait, pour être conséquent, épuiser tous les biens de la communauté, afin de remplir de ses droits la femme substituée à la première, qui serait en tout sacrifiée.

S'il est vrai que la seconde femme de bonne foi ne puise dans la loi (art. 202) que le droit de faire valoir son contrat de mariage tacite ou écrit, et qu'en conséquence, elle ne soit pas une simple associée de fait, elle pourra bien, suivant son intérêt, accepter la communauté ou y renoncer ; mais elle ne pourra pas, ainsi que l'a écrit Marcadé (avec bien d'autres, car c'est l'opinion commune des auteurs), *opter* entre le partage suivant les règles des sociétés civiles entre étrangers, ou la demande de sa part de communauté. Elle demandera sa part, si la communauté est bonne et le mari riche ; elle renoncera à la communauté si tel est son intérêt. Elle exercera les actions résultant des effets civils que donne la bonne foi à son mariage ; mais elle n'aura pas le droit d'y substituer l'action en règlement d'une société civile. L'option me paraît une imagination contraire à la position de l'épouse de bonne foi.

D'où vient cette vacillation dans l'opinion des auteurs ? De ce qu'ils pensent que les principes du contrat de société doivent servir à régler les intérêts respectifs de deux époux apparents, mariés tous deux de mauvaise foi, c'est-à-dire avec conscience commune de l'empêchement. De là, ils tirent la conséquence que l'époux de mauvaise foi se trouverait plus favorisé en certains cas que l'époux de bonne foi, puisque celui-ci serait toujours tenu de se soumettre aux règles du titre *du Contrat de mariage*, et que celui-là trouverait quelquefois dans les règles du titre *du Contrat de société* une position plus avantageuse. « Donnez donc l'option, disent-ils, donnez-la à l'époux de bonne « foi ; car il ne saurait être de pire condition que l'époux cou« pable de mauvaise foi. » Ce système doit être repoussé. L'époux de mauvaise foi n'a pas d'option à faire : il n'est donc pas le plus favorisé. L'époux de bonne foi conserve les honneurs dus au mariage, la légitimité de ses enfants, et toutes les actions que lui donne son état civil apparent. Ne scinderait-il pas les effets de cette position honorable en les réclamant pour sa personne et en les répudiant pour ses intérêts pécuniaires ? D'ailleurs, le raisonnement croule par sa base. Entre époux de mauvaise foi, il n'y a pas d'action *pro socio*, car il n'y a pas mariage. Il n'y a, au plus, qu'un concubinage voilé sous un nom trompeur. C'est là une société illicite. Les époux de mauvaise foi ne peuvent avoir d'action que pour retirer chacun des mains de l'autre ce qui lui appartient en propre, et c'est l'action *condictio sine causâ*. C'est à l'équité des juges à empêcher que l'un des concubins ne s'enrichisse de l'avoir incontestable de l'autre, s'il n'a pas été absorbé par leur vie en commun : mais leur position respective n'a jamais produit une société à régler par les principes du contrat de société.

Je sais bien qu'à côté du contrat de société se trouve le *quasi-contrat* de communauté, pour régler les sociétés de fait ; et que les sociétés de fait doivent être réglées à l'imitation de la société de droit, comme la gestion d'affaires se règle à l'imitation du contrat de mandat. Je sais bien qu'en général le quasi-contrat imite le contrat dont il est emprunté, et que l'opinion commune du barreau est qu'entre époux de mauvaise foi, ce qu'il y a de plus équitable est de suivre dans leurs règlements les bases de la société civile et les conventions particulières du contrat de mariage, comme nous suivons les règles des sociétés et les conventions particulières des parties pour liquider les sociétés de commerce déclarées nulles faute de publication.

Mais il n'y a pas ici parité. Ce n'est pas parce que les sociétés annulées, faute de publication, forment un *quasi-contrat*, qu'on les règle suivant les principes des sociétés et les stipulations particulières. Ces sociétés déclarées nulles dans la forme et interrompues dans leurs cours n'en sont pas moins, pendant leur existence de fait, des sociétés légales de l'espèce appelée *associations en participation :* elles sont donc des contrats, et des contrats *licitement* formés. Le consentement n'était en rien vicieux. C'est l'omission de publication, c'est un fait postérieur et extrinsèque au contrat, qui a engendré la nullité. On a donc, dans cette espèce, à statuer sur un contrat, et non sur un quasi-contrat.

Quant aux conventions particulières, il est juste de les suivre dans ces sociétés rompues faute de publication, sauf celles relatives à la durée de la société, et peut-être, suivant les circonstances, sauf quelques conventions relatives aux suites de la dissolution, qui auraient été écrites dans la vue d'une durée interrompue par l'omission de publication ; car ces conventions particulières étaient licites quand elles ont été formées ; elles ont été débattues et faites de bonne foi ; elles sont le contrat principal. Au contraire, s'il y a contrat de mariage écrit entre deux époux contractant de mauvaise foi un mariage défendu, les conventions particulières ne sont plus que l'accessoire d'un contrat principal illicite, et doivent tomber avec lui ; elles étaient illicites elles-mêmes quand elles ont été formées ; et le contrat de mariage, infecté d'une nullité originelle, n'est pas susceptible en lui-même de prouver la bonne foi dans les déclarations d'apport, parce qu'elles peuvent être dictées par le trouble des passions qui ont conduit à ce mariage.

En un mot, le *quasi-contrat* de communauté, soit d'une universalité de choses, soit de choses particulières, n'existe qu'autant qu'il n'y a eu entre les personnes qu'il intéresse aucun contrat de société ni aucune autre convention : ce quasi-contrat se forme sans le consentement et sans le concours de la volonté des parties (Pothier, *Société*, nos 181 et 182). La communion entre les époux de mauvaise foi n'est pas le *quasi-contrat* de communauté, puisqu'elle est formée par le concours de deux volontés ; donc, les prétendus époux ne sont pas des *quasi-associés :* ils sont en fait et en droit de vrais associés contractuels pour un objet illicite. Ils ne peuvent fonder sur leur mariage ou sur leur contrat de mariage seul ni l'action *pro socio*, ni l'action *communi dividundo.*

On verra plus tard que notre opinion ne sacrifie pas pour cela les intérêts légitimes de l'époux de bonne foi.

Troisième règle. — La femme légitime et la seconde femme de bonne foi peuvent avoir, outre les droits de communauté, une action en dommages-intérêts contre le bigame.

Cette action, pour l'une comme pour l'autre, dérive du fait du bigame et du préjudice qu'il cause (V. l'art. 1382, C. N.).

L'arrêt en a reconnu le principe en faveur de la femme légitime. Le jugement avait arrêté la première communauté au 29 janvier 1821, et, qualifiant la seconde période de société civile, avait attribué à Claudia Arguellès la moitié de cette prétendue société, et à la femme légitime le quart, joint à la moitié de la masse formée pendant la première période. Tout le reste appartenait à Claudia Arguellès comme légataire universelle de Lamaud. La Cour rejeta ce système, et attribua à la femme légitime la moitié de la communauté depuis le jour du mariage légitime, 1er janvier 1813, jusqu'à sa dissolution par la mort du mari en 1837. Mais elle ajouta : « qu'à supposer même que la « communauté qui s'était formée en 1821 entre le bigame et la « femme de bonne foi pût être considérée comme une société « civile respectivement au premier mariage, elle n'en aurait « pas moins adjugé le second quart à Antonia Martinez (outre « celui que les premiers juges lui allouaient comme commune « dans les acquêts de la seconde période, et ce), à titre de dom-

« mages-intérêts pour réparation du *préjudice matériel et moral* « que lui avaient fait éprouver le second mariage et l'abandon « de Jean Lamaud. »

La seconde femme n'avait pas formé de demande en dommages-intérêts : elle représentait son mari comme légataire universelle : elle trouvait ses indemnités dans la succession même.

Mais, dans les cas ordinaires, il lui est loisible de former une demande en dommages-intérêts, surtout quand la vérité se découvrant peu de temps après le mariage abusif, la seconde femme se trouve dans la nécessité d'intenter ou de subir une action en nullité de mariage ; elle éprouve aussi un préjudice moral et matériel en perdant ainsi non-seulement l'objet de ses affections conjugales, mais les avantages du passé, ceux de l'avenir et toutes les chances d'un établissement convenable.

Le règlement même de la communauté peut lui porter un grand préjudice. Si elle s'est mariée sans contrat ; si, en passant un contrat de mariage, elle a déclaré se marier en communauté, sans autre convention ; si, en réalisant ses meubles, elle a fait entrer dans la communauté une mise importante ; si elle a ameubli des immeubles ou formé une communauté universelle, il arrivera qu'elle pourra avoir fait tomber dans la communauté des valeurs beaucoup plus importantes que celles qu'a apportées son mari putatif : par conséquent, il en résultera un préjudice dans ses biens ; certes, de même que la femme était de bonne foi dans le mariage, de même elle était de bonne foi dans le régime contractuel qu'elle a adopté et dans les clauses qui le modifiaient : dès qu'elle ne connaissait pas l'état civil du mari, elle a nécessairement été trompée par lui dans les clauses du contrat de mariage : elle a donc contre lui une action en dommages-intérêts pour réparer le préjudice que les conventions matrimoniales lui peuvent causer.

Notre arrêt ne s'est occupé en rien de ce droit de la seconde femme. Il paraît même, par l'ensemble de ses motifs, qu'il a pensé que celle-ci pouvait éprouver quelque préjudice, mais la Cour, sous l'influence de l'espèce, a toujours dû voir, en la personne de Claudia Arguellès, le représentant du mari, parce qu'elle en était héritière par testament ; ainsi, peu importait à ses yeux que cette seconde femme perdît les sommes mobilières qu'elle pouvait avoir versées dans la communauté, dès que le préjudice causé à la première femme était encore plus grand, et que Claudia, comme héritière de Jean Lamaud, était tenue d'indemniser la première femme des faits de celui-ci.

Quatrième règle. — La seconde femme de bonne foi ne peut rien prendre dans les biens de la communauté, tant que la première femme n'est pas remplie de ses droits matrimoniaux.

Cette quatrième règle est une conséquence de la première : le crime du mari et l'erreur de la seconde femme ne peuvent donner à celle-ci des droits sur ce que la loi déclare être la propriété indivise de la femme légitime.

Quant à la question des reprises en nature et des reprises mobilières protégées par l'hypothèque légale sur les biens immeubles du mari, il est encore évident que la première femme aura la priorité sur la seconde.

Les reprises purement mobilières de la première femme seront-elles prélevées sur la masse purement mobilière des biens personnels au mari, au préjudice des droits de la seconde femme? Ou bien viendront-elles toutes deux au marc la livre, soit entre elles, soit avec les autres créanciers du mari? La solution de cette question dépend d'une autre question plus générale et vivement controversée sur le mode d'exercice des reprises purement mobilières de la femme, quand elles ne trouvent plus que des biens mobiliers pour les restituer : selon les derniers arrêts de cassation, combinés avec les principes exposés ci-dessus, la première femme serait privilégiée; selon l'opinion générale, que je ne crois pas encore devoir abandonner, elles viendraient toutes deux à la contribution au marc la livre comme les autres créanciers.

Généralement parlant (du moins, cela me semble devoir être ainsi), les dommages-intérêts accordés à l'une ou à l'autre femme pour le préjudice matériel ou moral que chacune aura éprouvé, suivront le même droit que les créances et reprises matrimoniales purement mobilières : ils auront la même hypothèque légale ; ils viendront par privilége, par hypothèque, par prélèvement ou par contribution dans les cas où y viendraient les autres reprises.

Ils sont effectivement de la même nature, car ils prennent leur source dans la violation des devoirs les plus essentiels du mari. Or, le Code civil donne l'exemple de dommages-intérêts parmi les reprises de la femme pour violation par le mari de devoirs d'un ordre bien inférieur, par exemple, pour retard dans les coupes de bois appartenant au mari sous le régime de la communauté (art. 1403), et, sous le régime dotal, pour mauvaise administration des biens paraphernaux, quand le mari en est chargé par procuration avec obligation de rendre compte des fruits (art. 1557 combiné avec les art. 1991 et 1992). Si la violation des devoirs secondaires du mari produit des dommages-intérêts participant du caractère privilégié des créances matrimoniales, à plus forte raison le même caractère et les mêmes avantages s'attacheront-ils aux dommages-intérêts naissant de la violation criminelle des devoirs essentiels du mari.

Cinquième règle. — Les dommages-intérêts seront fixés plus largement ou plus étroitement, selon qu'il sera constant ou non que la fortune du bigame est suffisante ou insuffisante pour satisfaire aux intérêts pécuniaires de part et d'autre.

Nous venons de prouver que les dommages-intérêts participent des mêmes priviléges et des mêmes préférences que les droits et créances matrimoniales.

D'où il suit, qu'au moins dans le cas où le bigame serait suffisamment riche en immeubles, les dommages-intérêts de la première femme passeraient avant les droits de la seconde épouse de bonne foi.

Cet inconvénient s'étendrait même aux richesses mobilières du bigame, si l'on admettait sans réserve la jurisprudence de la Cour de cassation sur les prélèvements.

De là résulterait une injustice quand les biens du bigame seraient insuffisants.

La bonne foi de la seconde femme mérite aussi considération. Elle est aussi malheureuse que la première épouse légitime, dès qu'elle est désabusée.

Si, comme l'arrêt de Bordeaux, on divise les dommages-intérêts en ceux qui résultent du préjudice matériel et ceux qui résultent du préjudice moral, il faut convenir qu'en cas d'insuffisance des biens du bigame, les dommages-intérêts résultant du préjudice moral éprouvé par la première femme ne doivent pas être ordinairement alloués.

Et pourquoi? Parce que le même fait a produit un préjudice moral à la seconde femme ; parce que peut-être y a-t-il eu, de la part de la femme légitime, le tort légal de ne s'être pas assez attachée à suivre la piste de son mari fugitif ; parce que le préjudice moral ne pouvant être fidèlement ou exactement apprécié en argent, et se trouvant de chaque côté, il est équitable de n'en pas tenir compte vis-à-vis d'une victime du même fait.

Ne donnons donc pas sur ce point à l'arrêt de Bordeaux plus d'importance et d'autorité que les magistrats n'ont voulu lui en donner. Restreignons-le à son espèce, où la seconde femme représentait le mari comme héritière par testament, et où elle se trouvait tenue du chef du mari, qui possédait des biens suffisants pour toutes les réparations. Il ne faut pas oublier ces mots essentiels des motifs : « Le dédommagement que la loi accorde à « la seconde femme, par égard pour sa bonne foi, ne saurait « être invoqué *alors surtout que celle-ci peut* S'INDEMNISER COM- « PLÉTEMENT *sur les biens du mari* ; » car, ils prouvent que, dans l'opinion de la Cour, il peut se trouver des circonstances où la voix de l'équité puisse être écoutée dans les détails. Ce ne sera donc pas violer sa doctrine que de restreindre les dommages-intérêts de la première femme au préjudice matériel, dans la mesure des termes de droit, toutes les fois que la répartition nécessairement arbitraire du préjudice moral à elle causé, viendrait apporter obstacle aux intérêts matériels et pécuniaires de la seconde femme, qui ne représenterait pas son mari à titre universel.

Sixième règle. — Le droit de communauté de la seconde femme de bonne foi ne commence que du jour du mariage putatif.

Il faut se garder de tirer une règle contraire de l'arrêt de Bordeaux. C'est quand la communauté avec l'épouse légitime aura été réglée pour tout le temps qu'elle aura duré, qu'on calculera quelle aura été la communauté à l'égard de la seconde femme, et qu'on lui attribuera, *sur les biens du mari*, pour les bénéfices de communauté, somme égale aux bénéfices de communauté alloués à la femme légitime pendant la durée de la période où l'existence du mariage légitime et celle du mariage putatif auront été concomitantes.

Il ne peut pas en être autrement : puisque la communauté légitime ne peut commencer que du jour du mariage légitime, la communauté putative ne peut commencer que du jour du mariage putatif.

Septième règle. — La seconde femme de bonne foi peut impugner pour cause d'erreur ses conventions matrimoniales tacites ou écrites, pour les ramener à l'équité, et, le plus souvent, à une communauté réduite aux acquêts.

J'ai déjà dit, sur la troisième règle, que la seconde femme pouvait obtenir par voie de dômmages-intérêts, le redressement des torts pécuniaires que lui causaient ses conventions matrimoniales.

Le moyen le plus simple d'y parvenir, c'est d'attaquer les conventions matrimoniales en ce qu'elles ont de contraire à l'équité : l'examen de ces conventions démontrera en quoi elles doivent être équitablement modifiées.

Si le mariage a été contracté par erreur et de bonne foi, les conventions matrimoniales, même tacites, ont dû être aussi contractées par erreur.

Cependant il semble qu'elles ne peuvent pas être attaquées dans leur ensemble, car, puisque ce mariage produit des effets civils, et que son annulation entraîne un règlement des intérêts de la femme, il faut nécessairement une base à ce règlement.

Or, cette base ne peut pas être la séparation de biens à partir du mariage, car la femme, qui jusque-là aurait vécu comme commune, n'aura pas eu dans le temps antérieur l'administration et les profits de ses biens ; car le mari n'aurait même pas à lui représenter les fruits dont elle l'aura laissé souverain administrateur ; car, elle serait privée des acquêts faits par son mari pendant le mariage apparent.

La communauté légale ne peut pas toujours être non plus la base de règlement ; car, 1°, elle contient en soi, passivement, toutes les dettes mobilières contractées par chaque époux au jour de la célébration du mariage, et par conséquent, la dette indéfinie des dommages-intérêts de l'époux bigame envers l'épouse légitime, et des restitutions de toute espèce qu'il a à lui faire ; car, 2°, elle contient en soi activement, tout le mobilier que la seconde épouse de bonne foi possédait au jour de la célébration, et celui qui est échu pendant le mariage à titre de succession ou même de donation.

Or, il serait contraire à l'équité que ces biens que la seconde femme pouvait se conserver propres par une clause de réalisation, entrassent dans la masse de communauté que la première femme est appelée à partager par moitié. Ce serait violer en faveur de la femme légitime le principe d'équité, que personne ne peut s'enrichir aux dépens d'autrui.

La communauté conventionnelle serait, en certains cas, plus désastreuse encore. Ainsi la femme pourrait y avoir ameubli des immeubles ou avoir établi une communauté universelle de biens meubles et immeubles présents et à venir.

Le remède aux dangers de la communauté légale ou de la communauté conventionnelle, est donc dans le droit que la femme de bonne foi tient de l'art. 1109 du Code civil, d'attaquer les clauses, soit de la loi qui forme son contrat de mariage tacite, soit du contrat qu'elle a consenti par erreur.

En vain dirait-on que les clauses d'un contrat de mariage ne peuvent jamais, dans les cas ordinaires, être attaquées pour cause d'erreur ; qu'un homme ruiné, en se mariant en communauté, met toutes ses dettes inconnues à la charge du mobilier même immense que lui apporte sa femme. Je répondrai que, sans rechercher ce que déciderait la justice, s'il était prouvé que le mariage eût été profané pour commettre une escroquerie, on se trouve ici dans une position toute différente. Le mariage lui-même est contracté par erreur; donc les conventions tacites ou écrites ont elles-mêmes pour cause l'erreur évidente et prouvée. Une femme peut présumer qu'un mari a actuellement des dettes à payer; elle peut présumer que tous ses biens mobiliers passeront au paiement de ces dettes : elle peut vouloir sacrifier tous ses biens pour avoir tel époux de son choix; mais elle ne peut pas le vouloir, pour n'avoir pas cet époux ; mais elle ne peut être présumée avoir voulu payer la dette inconnue de la femme légitime ; mais elle n'a pu en soupçonner l'existence : il y a donc ici une erreur de fait qui annule les clauses contraires à l'intérêt de la seconde femme de bonne foi. Donc, la demande en nullité de ces clauses lui est permise dans les dix ans de la découverte de l'erreur, et l'équité ramènera, par l'intermédiaire des tribunaux, ses conventions matrimoniales à une communauté réduite aux acquêts, qui lui fournira (soit qu'elle accepte, soit qu'elle renonce) les moyens de reprendre ses apports, avant que la femme légitime ne prélève ses droits de communauté; et qui lui permettra à elle-même, en acceptant la communauté, de prendre sa part sur les biens personnels de celui qu'elle croyait son mari.

COIN-DELISLE.

DU JURY D'ACCUSATION,

Par M. Faustin Hélie, conseiller à la Cour de cassation.

Le jury d'accusation n'a fait que traverser, pour ainsi dire, notre législation : établi en 1791 par l'Assemblée constituante, il a cessé de fonctionner en 1811, au moment où le Code d'instruction criminelle fut mis en activité. Il n'a donc pu, dans cet intervalle de vingt ans, dont la plus grande part se passait au milieu des agitations politiques, jeter dans le pays des racines bien profondes ; il est même digne de remarque que, lorsque sa suppression fut agitée, l'opinion générale ne parut pas s'en émouvoir. Quelques esprits seulement ont gardé le souvenir d'une institution qui s'était annoncée comme une avant-garde nécessaire de la justice pénale, et qui semblait avoir la mission spéciale de protéger contre les empiétements de la police judiciaire les droits de la liberté individuelle. C'est à ce titre qu'elle continue de fleurir en Angleterre et aux États-Unis. C'est aussi à ce point de vue que nous voulons en étudier les ressorts. Nous n'avons trouvé aucune étude sérieuse de cette matière : l'institution détruite, on ne s'est plus occupé d'en discuter la valeur; la question est donc neuve, quoiqu'elle se rattache à une législation qui n'existe plus, et elle n'est pas dénuée même d'un intérêt actuel, puisqu'elle nous conduit à apprécier l'institution nouvelle qui a remplacé le jury.

Lorsque l'Assemblée constituante, après avoir proclamé en principe, par son décret du 30 avril 1790, qu'il y aurait des jurés en matière criminelle, chargea ses comités de constitution et de jurisprudence criminelle, de rédiger un projet de loi sur cette procédure[1], elle n'arrêta aucun plan, aucune forme d'application : toute sa délibération avait porté sur le point de savoir si le jury serait étendu aux matières civiles, ce qui fut écarté. Restreint aux matières criminelles, le jury fut décrété avec une sorte d'entraînement, comme un vœu de l'opinion générale, comme une sanction des libertés publiques et de la liberté civile, comme la base nécessaire de la justice pénale [1]. Son organisation fut l'œuvre tout entière des deux comités, et l'une des formes les plus importantes de cette organisation fut le jury d'accusation.

---

[1] *Moniteur* du 1er mai 1790.

Le jury d'accusation ne peut pas revendiquer les mêmes origines que le jury de jugement. Il est possible de retrouver les traces et les caractères du jugement par jurés, soit dans les institutions d'Athènes et de Rome, soit dans les anciennes coutumes de la France [2]. Le jury d'accusation, au moins quant à la pensée générale qui l'a formé, appartient à la Grande-Bretagne : c'est sur son sol, affranchi par la grande Charte de Henri III [3], qu'il s'est développé postérieurement, on doit le croire au moins [4], aux jurés de jugement et comme un complément de ces jurés. C'est donc dans les lois de l'Angleterre que les comités puisèrent la première idée de cette institution.

Le *grand jury* anglais est une vieille institution qu'il ne faut pas isoler, quand on en étudie les rouages, des temps où elle s'est formée et des coutumes de la loi commune. Les nombreux statuts qui l'ont développé [5], ont eu pour but principal d'en faire une barrière contre les persécutions, une garantie contre les poursuites vexatoires, une sorte de protection contre l'oppression. C'est en le considérant à ce point de vue, que Blackstone déclare avec un juste orgueil, que la sollicitude de la loi anglaise pour ses sujets est si grande, que nul ne peut être condamné pour un crime capital, si ce n'est par l'avis unanime de vingt-quatre de ses pairs : douze jurés du grand jury, et douze du jury de jugement [6].

Mais les attributions des grands jurés sont très-étendues. Ils sont les représentants du comté, ils en font les affaires. Ils ne sont donc pas seulement, suivant l'expression de Richard Philipps [1], des arbitres placés entre l'accusateur et l'accusé, chargés d'examiner si les poursuites sont autorisées par la loi, et de décréter les accusations; ils sont en même temps chargés *d'enquérir pour le roi* [2], c'est-à-dire de rechercher les délits et les crimes qui ont troublé la paix publique dont le roi est le gardien. Un grand jury est avant tout un jury d'enquête : il étend ses investigations sur tous les faits punissables qui ont été commis dans l'étendue du comté, et il instruit d'office sur ces faits. « L'état des diverses prisons, dit Philipps, les malversations des geôliers et des guichetiers, la conduite de tous les magistrats, les abus choquants et scandaleux de toute espèce, les actes d'oppression publique, de quelque manière et en quelque lieu qu'ils soient commis; enfin tous les dommages publics commis dans l'étendue du comté, sont, pour le grand jury, des sujets de recherche, d'examen, de rapport et de mise en jugement [3]. » Leurs pouvoirs s'étendent même au delà de la police judiciaire; ils s'appliquent à la police municipale du comté : les mauvaises routes, les ponts défectueux ou mal construits, les obstructions ou les débordements des rivières, les maisons de débauche et de jeu, les manufactures nuisibles, les maisons en ruines, tout ce qui menace la sûreté ou la vie des personnes, peuvent être l'objet de leur inspection et de leurs délibérations. Ils sont dans leur office des censeurs publics et constitutionnels, investis par la loi de la haute mission de rechercher tous les abus, tous les dommages publics, toutes les oppressions, et de les faire cesser, soit par leur propre décision, soit en les dénonçant à la Cour du parlement par voie de pétition [4].

---

[1] Rapport de M. Thouret, *Moniteur* du 3 avril 1790 ; discours de Pétion de Villeneuve, Thouret, Duport, Tronchet, Barnave, etc., *Moniteur* des 6, 7 avril 1790 et suiv.

[2] *Traité de l'inst. crim.*, tome Ier, p. 20, 70, 194, 211, 296, etc.

[3] Q. Henr. III, N. xxix : Nullus liber homo capiatur, vel inprisonetur aut exulet, aut aliquo alio modo destruatur, nisi per legale judicium parium suorum, vel per legem terræ.

[4] Flexa, lib. V, cap. xxii, *de Convictionibus ;* Hale, *Hist. of common law*, ch. vi ; — *contr*. Blackstone, l. IV, ch. xxiii.

[5] 25. Edw. I. cap. ii ; 5. Edw. III, cap. ix ; 25. Edw. III, stat. 5, cap. iv ; 28. Edw. III, cap. iii ; 42. Edw. III, cap. iii ; 16. Car. I, cap. x ; 34. Edw. III, cap. iv ; 11 : Hen. IV, cap. ix ; 3. Henr. VIII, cap. xii.

[6] Blackstone, B. IV, ch. xxiii, p. 306.

En général, toute procédure criminelle doit suivre son cours par l'intermédiaire du grand jury : c'est là la marche régulière des procès, conforme d'ailleurs à l'esprit de la constitution anglaise. Mais cette règle admet une double exception, relativement, 1° aux informations faites d'office, au nom de la couronne, par l'attorney général au sujet de certains délits qui sont de nature à mettre le gouvernement en péril [5]; 2° aux appels (*ap-*

---

[1] *Pouvoirs et obligations des jurys*, ch. III.

[2] Stat. 3, Henr. VIII, ch. XII.

[3] *Pouvoirs des jurys*, ch. III.

[4] R. Philipps, ch. III.

[5] The objects of the King's own prosecutions, filled as *officio* by his own

peals) faits par les parties en leur nom, à raison d'injures privées dont elles demandent le redressement. Dans l'un et l'autre cas, la procédure n'est pas soumise au grand jury. La raison de cette exception, suivant Meyer [1], est que le grand jury a surtout pour mission de statuer sur les accusations qui sont portées par des parties privées qui ne figurent pas au procès, et que la garantie qu'offrent les réquisitions de l'attorney général ou l'accusation directe d'une partie remplace la garantie qui résulte de l'intervention des jurés.

Les formes de cette juridiction sont simples et expéditives. A chaque session d'assises, le shériff de chaque comté dresse une liste de grands jurés qu'il choisit parmi les personnes les plus notables du lieu [2]. Leur nombre est au moins de vingt-trois membres, afin que la majorité soit de douze. Ils peuvent procéder néanmoins à l'examen d'une affaire, quoiqu'ils ne soient pas tous présents; mais aucun bill n'est valable, s'il ne s'appuie sur les votes de douze jurés. Aussitôt qu'ils sont réunis, ils se constituent en nommant eux-mêmes leur président, et se présentent ensuite devant la Cour pour prêter serment. Ce serment prêté, ils entrent immédiatement en fonctions. A défaut de ce serment ou si leur composition était illégale, leurs décisions seraient annulées. Ils ne sont d'ailleurs récusables que pour une cause déterminée [3]. Ils sont saisis par *indictment* ou par *presentment*. Un *indictment* est une accusation écrite portée sous la foi du serment par une ou plusieurs personnes devant le grand jury. Un *presentment* est l'acte par lequel le grand jury se saisit d'office de la connaissance d'une offense, sur le rapport d'un de ses membres, sans qu'aucun bill d'accusation lui ait été présenté [4]. Ses délibérations sont secrètes : nul n'a droit d'y assister. Le président commence par donner lecture des plaintes, dénonciations et autres documents relatifs à chaque affaire; on entend ensuite les plaignants ou dénonciateurs (il n'y a jamais de parties civiles dans les procès criminels). Ni les témoins à charge, ni les accusés ne

---

attorney general, are properly such enormous misdemeanors, as peculiarly tend to disturb or endanger his government, or to molest or affront him in the regular discharge of his royal fonctions.

[1] *Inst. jud.*, t. II, p. 219.

[2] Blackstone, III, p. 354.

[3] R. Philipps, ch. III.

[4] Blackstone, IV, p. 301 et 302.

sont entendus[1]. Il s'agit d'édifier une accusation et non de la juger. Cependant les légistes anglais posent en principe qu'un grand jury doit être pleinement convaincu de la vérité de tout ce qui est allégué dans une plainte avant de la déclarer bien fondée ; qu'il doit rejeter tout bill qui n'est appuyé que sur des charges frivoles, et qu'il doit prendre garde de ne pas se rendre l'instrument de quelque malveillance particulière[2]. La *Common law* contient, au reste, un grand nombre de règles sur l'admission et la force des preuves écrite et testimoniale que les jurés connaissent et qu'ils pratiquent religieusement[3]. Si douze jurés déclarent, en levant la main, que les charges produites à l'appui de la plainte sont suffisantes, le président constate cette sentence en écrivant à la suite de cette plainte les mots *true bill ;* si douze jurés ne la trouvent pas fondée, le rejet de l'accusation est consenti par les mots *not true bill* ou *not found*. Cette déclaration du grand jury, dès qu'elle est rendue, est immédiatement exécutée : si l'accusé est renvoyé devant le jury de jugement, il est traduit presque instantanément devant ce jury ; aucun acte de procédure intermédiaire ne sépare la mise en accusation et de jugement. Les deux jurys siégent simultanément, et le dernier prononce sur les accusations que l'autre lui renvoie à mesure qu'il les reçoit. On évite ainsi une double comparution des témoins[4]. Les fonctions du grand jury expirent aussitôt qu'il a achevé d'expédier les affaires qui lui sont déférées.

Telle est l'institution, telles sont les formes qui firent l'objet des méditations des commissaires de l'Assemblée constituante. M. Duport, dans le rapport qu'il fit le 20 décembre 1790 au nom des deux comités, se borna à poser le principe d'un double jury d'accusation et de jugement : « Ne séparons jamais le droit de la société d'arrêter provisoirement un citoyen, du droit de chaque citoyen d'être promptement jugé et d'après le plus haut degré de certitude possible : sans ces deux choses, ou les coupables échappent, ou les innocents sont punis, et dans ces deux cas, la liberté, la sûreté publique et individuelle sont violées. Le moyen le plus sûr de suivre exactement ces distinctions et de respecter ces droits, c'est d'en rapporter l'exercice à des institutions différentes, dont l'une représente l'action de la société sur chaque individu et l'autre renferme surtout les droits des individus contre la société; c'est d'établir des agents différents pour ces deux pouvoirs. Il est évident d'ailleurs que ce n'est pas la même institution que celle qui arrête et celle qui juge, que celle qui se saisit du prévenu avant la preuve ou celle qui n'agit ou le condamne que d'après la preuve; celle-là est active et prompte, l'autre est passive et réfléchie; l'une est provisoire, l'autre est définitive; j'appelle l'une la police et l'autre la justice. » La police, dans le plan des comités, exercée par les juges de paix et les officiers de gendarmerie, avait pour but de recevoir les plaintes, de dresser les procès-verbaux, d'arrêter les prévenus et de les remettre aux tribunaux. Là finissaient ses fonctions. La justice s'exerçait par un jury d'accusation qui, dans chaque district, s'assemblait promptement pour décider si le prévenu devait ou non être accusé et par un jury de jugement appelé à décider si l'accusé était ou non convaincu du crime qui lui était imputé. « Nous séparons en deux époques différentes, ajoutait le rapport, la poursuite des délits : l'une, qui a lieu avant le premier jury, s'exerce par les plaintes des parties lésées, par les dénonciations des citoyens ou des officiers de police. Toutes ces poursuites viennent aboutir au premier jury, lequel les termine en renvoyant les prévenus, ou les transforme en une seule action publique et sociale; et c'est cette action seule que nous avons appelée l'*accusation*. Jusque-là le prévenu n'était poursuivi que par la police, ou inculpé sur des plaintes ou des dénonciations. Maintenant c'est par la décision de ses concitoyens qu'il est accusé. Jamais, selon Montesquieu, la sûreté n'est plus attaquée que dans les accusations. Il s'ensuit que la société doit prendre les plus grandes précautions pour faire que les accusations soient, sinon plus rares, au moins plus justes, plus exemptes de prévention et de calomnie : c'est à quoi l'on ne peut parvenir qu'en laissant des citoyens décider s'il y a lieu ou non à accuser un citoyen[1]. »

---

[1] Philipps, ch. III.

[2] Philipps, ch. III.

[3] Philipps, *Treatise of the law of Evidence*, I, p. 14 ; Russel, *On crimes and misdemeanors*, II, p. 588 ; Hume, *Comm. on the law of Scotland respecting crimes*, II, p. 328 ; Mittermaïer, *Archiv des criminal Rechts*, XIII, p. 291.

[4] Ch. Comte, *du Pouvoir jud.*, p. 159.

Il est clair que la pensée générale qui a dicté ces lignes appartient à la législation de l'Angleterre : le jury d'accusation n'y est en effet, considéré, comme dans cette législation, que sous un seul aspect, comme une garantie de la liberté civile. Le rapporteur répétait encore, lors de la discussion du projet : « Il est une nstitution que nous avons cru devoir placer pour ainsi dire à la porte de la justice, le *jury d'accusation.* Nous avons pensé que la liberté des citoyens était une chose assez importante pour que, s'il est nécessaire à la tranquillité publique de donner à la police une grande énergie, une action prompte, il faille décider sur-le-champ sur le sort d'un citoyen arrêté. Voilà le motif de l'institution du jury d'accusation. Vous croirez important de l'établir presque au moment de l'arrestation. A l'instant où un homme est mis dans la maison d'arrêt, un juge doit examiner s'il s'agit d'un délit emportant peine infamante et si l'accusation est de nature à être présentée aux jurés ; il faut ensuite que des citoyens s'assemblent pour juger s'il y a lieu à l'accusation. [1] »

---

[1] *Moniteur* du 27 décembre 1790.

C'est dans cet esprit que la loi du 16-29 septembre 1791 fut rédigée. Elle s'éloigne des institutions anglaises en ce qui touche les attributions du jury, qu'elle restreint; en ce qui touche le nombre des jurés, qu'elle réduit à huit ; en ce qui touche la direction de leurs délibérations, qu'elle confie à un membre du tribunal qui prend le titre de directeur du jury. Sous tous les autres rapports, elle reproduit presque servilement les règles et les formes de la législation britannique.

Le procureur-syndic forme tous les trois mois la liste de trente citoyens, réunissant les conditions requises pour être électeur (L. 16-29, sept. 1791, tit. X, art. 1). Le juge délégué pour faire les fonctions de directeur du jury fait tirer au sort, en présence du public, huit membres de cette liste pour former le tableau du jury d'accusation. Ces huit jurés, assemblés au jour indiqué par le tribunal, prêtent serment et prononcent sur-le-champ sur les accusations qui leur sont soumises (tit. I, art. 18 et 19). Leurs attributions sont circonscrites dans le cercle judiciaire et ils ne peuvent instruire d'office : leur compétence est restreinte aux délits emportant peine afflictive ou infamante et qui leur sont directement déférés. Ils sont saisis par un acte d'accusation qui peut être dressé soit par le juge, soit par la partie plaignante (art. 10 et 11). Le directeur du jury leur expose dans chaque affaire l'objet de l'accusation et leur explique les fonctions qu'ils ont à remplir : les pièces de la procédure leur sont remises, à l'exception de la déclaration écrite des témoins (art. 19). Les pièces sont lues d'abord, ensuite les témoins produits à l'appui de l'accusation déposent de vive voix, ainsi que la partie plaignante (art. 20). Ni l'accusé, ni les témoins qu'il pourrait présenter à sa décharge ne sont produits, et les jurés ne peuvent être l'objet d'aucune récusation. Ils délibèrent en secret et leur président, qui est le plus ancien d'âge, inscrit au bas de l'acte d'accusation, suivant le résultat de la délibération, l'une ou l'autre de ces deux formules : *oui, il y a lieu*, ou : *non, il n'y a pas lieu* (art. 22). La décision est prise à la majorité des suffrages (art. 27). Si les jurés prononcent qu'il n'y a pas lieu à accusation, le prévenu est mis en liberté et ne peut plus être poursuivi à raison du même fait, à moins que, sur de nouvelles charges, il ne soit présenté un nouvel acte d'accusation. S'ils déclarent, au contraire, qu'il y a lieu à accusation, le directeur du jury rend sur-le-champ une ordonnance de prise de corps contre l'accusé, qui est renvoyé devant le jury de jugement (art. 28 et 29).

---

[1] *Moniteur* du 3 janvier 1791.

Telle est l'économie du jury d'accusation tel que l'Assemblée constituante l'avait établi. Ces dispositions avaient leur complément dans l'instruction pour la procédure criminelle du 29 septembre-21 octobre 1791. Cette instruction portait : « Les jurés doivent bien se pénétrer de l'objet de leur mission ; ils n'ont pas à juger si le prévenu est coupable ou non, mais si le délit qu'on lui impute est de nature à mériter l'instruction d'une procédure criminelle, et s'il y a déjà des preuves suffisantes à l'appui de l'accusation ; ils apercevront facilement le but de leurs fonctions en se rappelant les motifs qui ont déterminé à établir un jury d'accusation. Ces motifs ont leur base dans le respect pour la liberté individuelle. La loi, en donnant au ministère actif de la police le droit d'arrêter un homme prévenu d'un délit, a borné son pouvoir au seul fait de l'arrestation. Mais une simple prévention qui souvent a pu suffire pour qu'on s'assurât d'un homme, ne suffit pas pour le priver de sa liberté pendant l'instruction du procès et l'exposer à subir l'appareil d'une poursuite criminelle. La loi a prévenu ce dangereux inconvénient, et à l'instant où un homme est arrêté par la police, il trouve des moyens faciles et prompts de recouvrer sa liberté, s'il ne l'a perdue que par l'effet d'une erreur ou de soupçons mal fondés, ou si son arrestation n'est que le fruit de l'intrigue, de la violence ou d'un abus d'autorité. Il faut alors qu'on articule contre lui un délit grave : ce ne sont plus de simples soupçons, une simple prévention, mais de fortes présomptions, mais un commencement de preuves déterminantes, qui doivent provoquer la décision des jurés pour l'admission de l'acte d'accusation. Ce n'est qu'après avoir subi cette première épreuve, ce n'est que sur l'accusation reçue par un jury de huit citoyens, que le détenu peut être poursuivi criminellement et jugé. »

Nous examinerons tout à l'heure, au point de vue de la procédure criminelle, cette théorie et les formes qui en sont les corollaires; nous ne voulons que constater en ce moment la parfaite analogie entre cette législation et la législation anglaise. Elles ont le même but : la protection de la liberté individuelle; elles se servent du même moyen : l'intervention des jurés qui admettent ou rejettent les accusations; elles emploient enfin les mêmes formes : la délibération secrète, l'audition des parties plaignantes et des témoins à charge, la lecture des procès-verbaux. Chaque disposition de la loi française a sa source dans les coutumes anglaises, à moins que quelque motif spécial, puisé dans nos mœurs et dans nos usages, n'ait exigé quelque modification. On peut retrouver à chaque forme de cette procédure la preuve de cette filiation.

Le Code du 3 brumaire an IV ne fit que reproduire avec une scrupuleuse exactitude les dispositions de la loi du 16-29 septembre 1791 sur le jury d'accusation (art. 235-254 ; 491-500). Il n'en fut pas ainsi de la loi du 7 pluviôse an IX. Cette loi eut pour mission principale de restituer à la justice pénale une force qui semblait lui manquer.

Le jury d'accusation, dont les décisions paraissaient à quelques esprits empreintes de mollesse et d'indulgence, fut soumis à une grave modification dans les formes de sa procédure : il fut appelé à statuer, non plus après l'audition des parties et des témoins, mais seulement sur le vu de l'instruction écrite. Le directeur du jury, devenu juge d'instruction, était seul chargé d'entendre les témoins et de procéder à tous les actes de la procédure. L'acte d'acccusation dressé par le substitut du commissaire du gouvernement, était la base de la délibération des jurés; et l'art. 21 de la loi ajoutait : « La partie plaignante et dénonciatrice ne sera pas entendue devant le jury d'accusation; les témoins n'y seront pas non plus appelés : leurs dépositions lui seront remises avec les interrogatoires et toutes les pièces à l'appui de l'acte d'accusation.»

Ainsi, le jury d'accusation fut réduit à chercher les éléments de ses décisions dans la procédure écrite : toute instruction, en dehors de cette procédure, tous débats lui furent interdits. Ramené aux proportions d'une chambre du conseil, et statuant sous la direction d'un juge qui se bornait à lui donner lecture des pièces de l'instruction, s'il exerçait encore les mêmes pouvoirs, il ne les exerçait plus avec les mêmes lumières et la même indépendance. Au surplus, l'établissement des tribunaux spéciaux, décrétés par la loi du 18 pluviôse an IX, apporta d'étroites limites à ses attributions.

Le ministre de la justice, dans un compte rendu au gouvernement consulaire, le 3^{e} complémentaire an II, après avoir balancé les motifs qui lui paraissaient militer pour la conservation ou l'abrogation de la procédure par jurés, avait conclu à ce qu'une nouvelle épreuve de cette institution, purgée des vices qu'on y aurait remarqués, fût tentée, afin qu'une dernière expérience décidât entre elle et ses détracteurs. Un nouveau projet de Code criminel fut en conséquence préparé. Ce projet conservait le jury d'accusation, mais il en modifiait les bases.

« Dans aucun cas, disait M. Oudart, l'un des membres de la commission chargée de la rédaction du projet, dans aucun cas, le jury d'accusation ne sera soumis aux opérations du sort, ni à l'exercice du droit de récusation, et nous voulons, de plus, qu'à l'exemple des Anglais, chez qui la grande jurée est la plus nombreuse et choisie parmi les hommes les plus recommandables du comté, nous voulons que le jury d'accusation soit composé de quinze personnes et qu'elles soient prises parmi les deux cents citoyens les plus imposés de l'arrondissement : ces deux cents citoyens seront ainsi constitués, pour ainsi dire, les gardiens permanents de la paix du pays.... Qui peut, en effet, ne pas demeurer convaincu que, s'il faut des lumières et du courage pour juger un accusé après une instruction complète, au milieu d'un appareil protecteur, il faut bien plus de lumières pour juger de l'état d'un prévenu sans solennité et sur une instruction encore incomplète[1] ? »

Le projet fut communiqué aux tribunaux d'appel et aux tribunaux criminels pour avoir leurs observations critiques. Ces observations, qui ont en général peu de portée, ne jetèrent aucune lumière nouvelle sur la question [1]. La plupart se fondent sur la nécessité de fortifier la justice répressive et sur l'idée généralement admise à cette époque que le jury, et surtout le jury d'accusation, par sa faiblesse ou par son ignorance, l'avait énervée, pour proposer sa suppression. Quelques-uns n'hésitent même pas à rejeter toutes les institutions de 1791 et à revenir au système de l'ordonnance de 1670, en ajoutant seulement en faveur de l'accusé l'assistance d'un défenseur et la publicité de l'audience [2]. Quelques-uns néanmoins, mais en petit nombre, s'attachent à l'institution des jurés et veulent en maintenir le principe, en corrigeant les vices reconnus de la législation [3]. Deux tribunaux, dans une opinion remarquable, émettent le vœu du maintien du jury d'accusation et de la suppression du jury de jugement, comme s'il était plus facile encore de trouver dans les juges permanents des garanties d'un bon jugement que des garanties d'une poursuite prudente et mesurée [4]. Deux tribunaux enfin émettent les premiers la pensée, puisée d'ailleurs dans notre ancien droit, de restituer aux tribunaux statuant en chambre du conseil les pouvoirs du jury d'accusation [5].

---

[1] *Observations sur le projet de Code criminel*, Locré, t. XXV, p. 27.

Le projet étant revenu, entouré de ces observations, devant la section de législation du conseil d'État, la question fut posée pour la première fois à la séance de ce conseil du 16 prairial an XII. Voici les termes du procès-verbal : « Y aura-t-il un jury d'accusation [6] ? » M. Treilhard dit que cette question ne peut souffrir de difficulté, puisqu'il est évident qu'un seul jury ne donne de garantie suffisante ni à la société, ni à l'accusé. M. Bigot-Préameneu ajoute qu'il faut nécessairement que le prévenu soit ou renvoyé ou traduit devant le tribunal criminel par la décision, soit d'un magistrat de sûreté, soit d'un jury d'accusation, et qu'il y a plus de sûreté à confier ce pouvoir à un jury. — Le conseil adopte l'affirmative de la question[1]. »

---

[1] *Observations des tribunaux d'appel et des tribunaux criminels sur le projet du Code criminel.* 4 vol. in-4°, publiés en l'an XIII.

[2] Tribunal d'appel d'Aix : « Nous n'hésitons pas à penser que l'ord. de 1670, modifiée par les décrets de 1789, offre plus de garanties et des motifs plus réels de sécurité. »

[3] Tribunal d'appel d'Agen.

[4] Tribunaux criminels de la Manche et de l'Orne.

[5] Tribunal d'appel de Metz ; trib. crim. de l'Ain.

[6] Locré, t. XXIV, p. 11.

Le projet qui fut adopté consacrait du reste le système de la loi du 7 pluviôse an IX.

Mais cette première délibération fut bientôt soumise à une nouvelle épreuve. A la séance du 1er brumaire an XIII, le conseil d'État examinait la question de la réunion en un seul corps judiciaire de la justice civile et de la justice criminelle, et M. Cambacérès, qui voulait le rétablissement des grands corps judiciaires, dit : « Il ne faut pas se dissimuler qu'en laissant subsister le jury d'accusation tel qu'il est organisé, il est au pouvoir du petit nombre d'individus privés qui le composent d'arrêter le mouvement imprimé par la cour au ministère public. Cette considération doit peut-être déterminer à ne pas laisser les particuliers prononcer sur l'accusation et à la faire délibérer par le tribunal de première instance en donnant aux juges instructeurs la qualité de substituts du procureur général. On arriverait ensuite au second degré, qu'on placerait dans les Cours d'appel, auxquelles on réunirait les cours criminelles. On donnerait à ces cours ainsi composées le droit de haut ressort sur les tribunaux inférieurs. Elles pourraient les réprimander, les mander même et enfin leur ordonner de poursuivre, à la diligence du procureur général. Autrefois, quoiqu'il y eût une partie publique, si elle demeurait dans l'inaction, les cours se constituaient ministère public[2]. »

Ces vues nouvelles, encore un peu confuses, mais qui devaient plus tard revêtir une formule plus nette, furent en quelque sorte le signal d'attaques réitérées contre le jury d'accusation. A deux reprises, l'institution de ce jury fut représentée comme une des principales causes de l'impunité des crimes ; mais, défendue par M. Treilhard et par M. Berlier, elle fut, par deux votes successifs, maintenue par le conseil[3]. Le projet de Code, préparé à cette époque, continua donc de placer les deux jurys d'accusation et de jugement à côté des cours d'appel.

Mais ce travail, bientôt interrompu, ne fut repris que le 23 janvier 1808, et dans cet intervalle, les idées des rédacteurs s'étaient modifiées. Lorsque la question « Y aura-t-il un jury d'accusation ? » fut de nouveau posée, aucune voix ne s'éleva pour le défendre.

---

[1] Locré, t. XXIV, p. 48.

[2] *Ibid.*, p. 426.

[3] Séances des 8 et 15 brumaire an XIII (Locré, t. XXIV, p. 443, 454 et 477).

Sa suppression fut immédiatement posée en principe et la seule question que le conseil d'État commença d'agiter fut de savoir comment il serait remplacé. Il serait trop long de reproduire ici tous les systèmes que le conseil discuta successivement : il s'arrêta longtemps à la pensée d'ériger les tribunaux de première instance en jurys d'accusation; M. Treilhard et M. Berlier s'étaient ralliés à ce projet. Mais l'idée d'associer la cour impériale à ce premier labeur de la justice dominait les esprits et la discussion marchait un peu incertaine et confuse, lorsque l'Empereur, qui la présidait, parut entrevoir une solution. « Le tribunal de première instance, dit-il, ferait l'information. S'il pensait qu'il y a lieu à poursuites, il enverrait la procédure à la Cour d'appel, laquelle, quand elle le croirait convenable, décréterait le prévenu : elle ne le jugerait pas, car alors elle deviendrait trop puissante, mais elle le renverrait devant la cour d'assises. S. M. ne sait si ce système présente des inconvénients, mais elle y voit l'avantage de donner à un corps puissant le pouvoir de poursuivre tous les crimes. Elle ne pense pas que ce soit charger la Cour d'appel de fonctions qu'il lui devienne difficile d'exercer, puisque le jury d'accusation ne prononce que sur des pièces et n'entend pas le prévenu [1]. » C'est là évidemment le germe de la chambre d'accusation.

M. Treilhard objecta : 1° que les lenteurs seraient inévitables, s'il fallait porter les affaires au loin devant la cour d'appel et les faire passer par le procureur général; 2° qu'il serait à craindre que les juges, pour ne pas encourir les mêmes reproches que le jury d'accusation, ne missent en accusation sur les indices les plus légers; 3° qu'il importe qu'un accusé ne vienne pas en jugement chargé de préventions trop fortes et que telle serait cependant la position de celui qui n'arriverait aux assises qu'après que l'affaire aurait déjà été examinée par une cour d'appel. — M. Berlier ajouta à ces objections : « Que cette attribution dont on veut investir la Cour impériale tend à faire dégénérer l'accusation en une simple formalité, lorsqu'on n'entendra que la partie publique qui aura envoyé les pièces : il est assez évident que l'accusation sera toujours admise ; et cependant, quand on a voté la suppression du jury d'accusation, il semblait généralement reconnu que cette garantie du premier degré devait être remplacée par une autre institution qui la maintînt autant qu'il serait possible; or, des magistrats locaux qui connaissent les choses et les personnes, et pour qui le délit arrivé dans leur arrondissement est un événement grave, donneront toujours à la mise en accusation une attention qu'il ne faut point espérer d'une cour placée à de grandes distances. Les pièces qui lui seront transmises, ce corps inanimé et qui laissera les juges dépourvus de toutes notions propres à le modifier, la partie publique qui sera seule entendue : voilà quelle sera la position de la cour impériale, et le prévenu sera toujours accusé. »

---

[1] Locré, t. XXIV, p. 630.

L'Empereur répondit : 1° Que l'appel qu'accordait la section n'entraînerait pas moins de lenteurs ; 2° que la prévention qu'on redoutait ne saurait exister : la Cour d'appel n'a pas vu l'accusé; elle ne préjuge rien; elle se borne à dire qu'il y a lieu de faire examiner par la Cour d'assises; 3° que si l'on confie l'accusation aux tribunaux de première instance, il peut arriver qu'un tribunal peu nombreux, mal éclairé, facile à intimider, se trouve revêtu de ce pouvoir et qu'il relâche les prévenus avec trop de facilité ; 4° que si l'on craint que la nécessité de faire décréter par la Cour d'appel ne dégénère en simple formalité, on peut donner aux accusés des défenseurs. — M. Cambacérès ajouta : « Qu'il n'est pas nécessaire de porter toutes les affaires devant la Cour d'appel. Il faut d'abord qu'une autorité quelconque en fasse le départ entre la justice criminelle et les tribunaux correctionnels, en donnant néanmoins au procureur général le droit de revendiquer celles qu'il croirait avoir été mal à propos qualifiées de correctionnelles. Que reste-t-il donc à la Cour impériale? Les délits qui emportent peine afflictive ou infamante et qui sont les moins nombreux. C'est ainsi que l'objection se trouve écartée par une simple classification prise de la nature des choses. » M. Berlier dit que l'intention du projet est que les délits des hommes puissants ne demeurent pas impunis, et que l'on atteindrait plus infailliblement ce but si l'on investissait les Cours impériales du droit d'instruire; qu'elles en useraient contre les coupables en crédit qui, à raison de la faiblesse des premiers juges, n'auraient pas été poursuivis. — L'Empereur répondit : « Que le droit de poursuivre ne suffit pas, puisque l'accusation pourrait être rejetée par un autre tribunal. Il faut que la Cour impériale remplisse les fonctions de jury d'accusation, avec faculté de déléguer l'instruction à un juge pris sur les lieux pour les délits les moins importants. » Le conseil adopta en principe « que le droit d'examiner si un prévenu doit être mis en jugement et de le décréter, serait placé exclusivement dans les Cours impériales [1]. »

Les bases d'un système régulier d'accusation étaient enfin trouvées. Il y eut encore de longs tâtonnements pour arriver à l'organisation de ce principe générateur. Mais il fut enfin décidé que l'instruction, quand elle aurait pour objet un fait qualifié crime, serait soumis à un double degré de juridiction, à la chambre du conseil du tribunal de première instance, et à l'une des sections de la Cour impériale, statuant également en chambre du conseil. Telle est la combinaison à laquelle s'arrêta le conseil d'État. Il lui parut que la garantie du jury d'accusation ne pouvait être remplacée que par celle de la Cour impériale, et que le droit de mettre un citoyen en état d'accusation ne pouvait appartenir qu'à une juridiction assez élevée pour dominer toutes les influences et réprimer tous les abus de pouvoir [2].

Ces éléments ont été définitivement maintenus : la double institution de la chambre du conseil et de la chambre d'accusation, double degré d'une même juridiction, a remplacé le jury d'accusation et en a pris toutes les attributions. M. Treilhard, dans l'exposé des motifs du Code, a rendu compte de cette innovation dans les termes suivants : « Nous ne pouvons le dissimuler, le jury d'accusation, tel qu'il existe, n'a pas répondu aux espérances qu'on avait conçues de cet établissement ; trop souvent une poursuite qu'on n'aurait pas dû interrompre fut étouffée par une déclaration indulgente et peu réfléchie. Le remède qu'on a cherché quelquefois à opposer au mal n'est pas lui-même sans inconvénients ; les plaintes à cet égard se sont fait entendre plusieurs fois ; il a donc paru indispensable d'organiser autrement cette partie. Les mêmes hommes qui, témoins d'une instruction complète, donnent un bon résultat de leur profonde conviction, ne sont pas toujours aussi propres à décider sur un premier aperçu (nécessairement incomplet, puisqu'on n'a sous les yeux ni les accusés, ni les témoins), s'il y a lieu ou non à mettre en accusation. Le jury de jugement manifeste ce qu'il sent fortement, d'après une connaissance entière du fait; le jury d'accusation, au contraire, doit raisonner sur ce qu'il connaît pour former une présomption sur ce qui est encore inconnu : ce calcul étonne des hommes qui n'y sont pas exercés, et dans cet embarras, la balance entre l'accusateur et l'accusé n'est pas toujours tenue d'une main bien sûre. Il faut donc, en plaçant ailleurs le droit de déclarer, s'il y a ou non lieu à accusation, mettre également à couvert l'intérêt social et l'intérêt individuel de l'accusé.... La loi oblige le juge d'instruction à faire, au moins une fois par semaine, un rapport à la chambre du conseil, des affaires dont l'instruction est achevée. La chambre du conseil, lorsque le juge d'instruction fait son rapport, doit être composée au moins de trois juges, y compris le rapporteur; si un seul de ces juges, quelle que puisse être l'opinion des autres, estime que le fait est de nature à être puni de peines afflictives ou infamantes, et que la prévention contre l'inculpé est suffisamment établie, les pièces seront transmises au procureur général de la Cour impériale; dans ce cas, il est procédé à un nouvel examen. D'un autre côté, le procureur impérial, toujours partie dans ces sortes d'affaires, aura le droit, lorsqu'il ne partagera pas l'opinion même unanime des juges, de s'opposer à l'ordonnance qui mettrait l'inculpé en liberté. »

---

[1] Locré, t. XXIV, p. 636-640.

[2] Séance du 27 février 1808. Locré, t. XXIV, p. 679 et suiv.

Peut-être l'orateur du gouvernement, lorsqu'il venait proposer de substituer une institution toute nouvelle à l'institution du jury d'accusation, fondée par l'Assemblée constituante, et que trois législations successives et vingt ans d'application avaient à cette époque en quelque sorte consacrée, aurait-il dû apporter, à l'appui d'une telle innovation, des motifs plus concluants et plus complets. C'était là, en effet, l'une des créations fondamentales du nouveau Code, celle qui révélait avec le plus d'évidence l'esprit de la nouvelle procédure, la pensée du législateur d'abandonner, en tout ce qui concernait l'instruction préalable, les formes de la législation de 1791 pour faire retour aux formes de la législation de 1670. Il s'agissait en même temps ici d'abolir une institution qui avait été regardée par ses fondateurs comme une immense et indispensable garantie de la liberté civile. Cette grave mesure exigeait une discussion plus approfondie des causes qui sollicitaient la déchéance du jury et des causes qui dépouillaient cette juridiction temporaire au profit d'une juridiction permanente. Il fallait rechercher et mettre en rapport la mission de cette juridiction et l'influence de cette mission sur sa composition, les fonctions dont elle est investie et les conditions de leur examen, les attributions nouvelles qu'on y ajoutait et les aptitudes nécessaires pour les remplir. L'exposé des motifs explique à peine l'un de ces points et ne touche même pas les autres.

Ce que le législateur n'a pas fait, nous allons essayer de le faire. Après avoir établi, en effet, tous les faits qui se rattachent à la suppression du jury d'accusation, et à la constitution de la juridiction de la chambre du conseil et de la chambre d'accusation, il importe de connaître et de préciser les vrais motifs de cette double mesure.

Un premier principe est hors de toute contestation : c'est l'institution d'une juridiction qui, placée au seuil de la justice, n'en permet l'accès qu'aux poursuites qui sont régulièrement et justement exercées, et dont la mission est d'examiner si les présomptions qui sont basées sur l'instruction écrite, sont graves et sérieuses, ou téméraires et dénuées de fondement, si les procédures commencées sur la plainte des parties ou les réquisitions du ministère public ont été légalement suivies, s'il y a lieu d'ordonner qu'elles seront continuées ou arrêtées.

Cette institution, l'une des plus belles créations de notre procédure moderne, est le complément de l'instruction écrite, puisqu'elle contrôle tous les actes qu'elle a prescrits et toutes les mesures qu'elle a prises, puisqu'elle en apprécie les éléments et en règle le cours. Les citoyens y trouvent une efficace protection, soit contre les entreprises des officiers de la police judiciaire, soit contre les prétentions excessives des parties elles-mêmes, puisque c'est par son intervention que les poursuites oppressives peuvent être arrêtées à leurs premiers actes, puisque, si elle n'existait pas, les plaintes téméraires, quelque hasardées qu'elles fussent, devraient infailliblement aboutir à un débat judiciaire. Les officiers de justice y puisent eux-mêmes l'autorité qui leur est nécessaire pour l'accomplissement de leurs difficiles attributions, car leurs actes, soumis à un examen immédiat, témoignent par là même de leur légalité, et leurs fonctions, contenues par ce perpétuel contrôle dans les limites qui leur sont propres, revêtent une puissance qui ne peut leur être contestée. La juridiction qui prononce sur l'instruction écrite est donc à la fois le plus solide fondement de la justice, puisqu'elle régularise son action, et communique à ses actes la force qui est dans la stricte application de la loi, et la plus forte garantie de la liberté civile, puisqu'elle prévient ou réprime les abus et les excès que les attributions mal définies de la police judiciaire et de l'instruction rendent toujours faciles.

Ce premier principe admis, et nous devons dire que depuis 1789 personne ne l'a contesté, la difficulté ne porte plus que sur son application. Quels doivent être les éléments de la juridiction appelée à contrôler l'instruction et à lui ouvrir la voie qu'elle doit suivre? Notre législation moderne a successivement appliqué deux solutions à cette question : depuis 1791 jusqu'à 1811, elle a confié cette mission à des jurés; depuis 1811, aux tribunaux de première instance et aux Cours d'appel. Laquelle de ces deux juridictions, du jury ou des juges permanents, est la plus apte à remplir la fonction préliminaire de prononcer la mise en accusation ?

Au point de vue de la liberté civile, il semble que les avantages du jury d'accusation sont faciles à établir.

Les citoyens qui le composent, plus libres des exigences de l'ordre social, plus accessibles aux inquiétudes que peut soulever toute atteinte aux droits de la cité, doivent être naturellement disposés à demander à chaque poursuite une cause grave, à exiger que chaque accusation se fonde sur une forte présomption. En défendant les droits du prévenu, ils défendent leurs propres droits. Il est évident que si la liberté individuelle ne trouvait pas d'appui dans les citoyens, elle n'en trouverait nulle part, puisqu'ils ont un égal intérêt à la maintenir; ils doivent se montrer, en conséquence, les juges les plus scrupuleux de la nécessité de la suspension de cette liberté et de la gravité des causes de cette mesure.

D'un autre côté, on peut penser que les juges permanents, quelle que soit leur indépendance, forment une partie intégrante du pouvoir social ; que, placés au même point de vue, ils participent à ses préoccupations habituelles, ils partagent toutes ses sollicitudes ; qu'ainsi ils se trouvent naturellement plus disposés à considérer la distribution de la justice au point de vue du maintien de l'ordre dans la société, qu'au point de vue de la justice absolue, plus enclins à assurer l'action de la justice qu'à la contenir, plus inquiets des atteintes portées à la paix publique

que des souffrances et des atteintes portées aux droits des individus.

On peut ajouter encore qu'il y a quelque chose de tutélaire dans cette convocation des pairs d'un citoyen, au début même des poursuites dont il est l'objet, pour examiner s'il est légalement poursuivi ; que ces médiateurs désintéressés qui viennent se placer entre l'accusation et la défense, entre la force sociale qui peut être oppressive parce qu'elle est immense, et la faiblesse de l'individu, isolé et livré à lui-même, n'ont d'autre mission que la protection du droit ; que s'ils adhèrent à l'accusation, ce n'est plus un magistrat, c'est la société elle-même qui accuse et qui traduit le prévenu devant les juges. N'est-ce pas là la garantie la plus efficace contre tous les actes arbitraires, contre tous les abus de l'instruction ?

Mais à ces hypothèses posées par la théorie, la pratique a-t-elle répondu ? L'institution du jury d'accusation a-t-elle tenu, en général, les promesses qui ont été faites en son nom ?

Nous avons vu, en retraçant les traits principaux du grand jury anglais, que cette institution, à la fois judiciaire et administrative, est intimement liée à la constitution politique de ce pays. Et néanmoins la nécessité des choses lui a déjà fait subir quelques modifications et d'autres changements l'attendent peut-être encore. A son origine, l'assemblée des grands jurés dans chaque comté, considérée comme une sauvegarde contre l'oppression des pouvoirs publics, avait pour principale mission la surveillance de l'administration, la dénonciation des actes arbitraires, la protection des citoyens contre d'illégales poursuites. Mais à mesure que le gouvernement s'appliquait à faire strictement exécuter les lois et à maintenir les droits de chaque citoyen, cette mission, devenue moins nécessaire, pouvait devenir un obstacle à la poursuite des crimes : ses séances devinrent secrètes, il n'eut plus la faculté que d'entendre le plaignant et les témoins produits par celui-ci, de sorte qu'il fut amené à ne prononcer que sur le vu des charges ; enfin, l'instruction écrite commença peu à peu à se développer dans les mains des magistrats pour prévenir les fréquentes erreurs de cette juridiction. Mais à côté de ce premier péril un autre s'est bientôt révélé. Placé sous l'influence exclusive de la partie qui accuse et des charges qu'elle produit, il a failli à sa première mission, et trop souvent il est devenu lui-même un instrument aveugle ou suborné de la haine, de la vengeance ou de la cupidité des particuliers.

Nous trouvons à cet égard quelques renseignements curieux insérés dans une enquête récemment faite en Angleterre, sur les vices de la procédure criminelle. Ces renseignements, fournis par un légiste distingué, M. Pitt Taylor, ont été considérés par les commissaires comme dignes de la plus sérieuse attention [1].

M. Pitt Taylor commence par rappeler que, dans la pratique anglaise, les poursuites peuvent avoir lieu, soit en portant contre l'inculpé une accusation publique devant un magistrat, soit en portant directement devant le jury une accusation privée. Dans le premier cas, le plaignant et les témoins qu'il produit sont appelés devant le magistrat, et là, en présence de l'inculpé, ils établissent, sous la foi du serment, les faits qui fondent la plainte. Les témoignages peuvent donc être contredits; la défense peut se produire, et ce n'est qu'après que la cause a été sommairement instruite de part et d'autre et toute l'instruction consignée par écrit, que le magistrat décide s'il y a lieu ou non de la renvoyer devant le jury. Dans le second cas, au contraire, c'est-à-dire, lorsque le plaignant saisit directement le grand jury de sa plainte, aucune instruction préliminaire n'est faite : la partie et ses témoins sont successivement et secrètement entendus par les grands jurés, en l'absence et même à l'insu de l'inculpé, et c'est immédiatement après cette instruction partielle, que le bill d'accusation est déclaré fondé ou rejeté. M. Taylor se demande, en examinant cette procédure du grand jury, si elle présente des garanties suffisantes à la justice, si l'examen préliminaire qu'un magistrat expérimenté ferait des charges, ne sauvegarderait pas avec plus d'efficacité les intérêts de toutes les parties. Il démontre en outre que des fraudes sont journellement pratiquées, soit par le plaignant qui corrompt les témoins qu'il produit, soit par l'inculpé qui, dans le cas où une instruction préalable lui a fait connaître les témoins qui lui sont opposés, n'épargne aucun moyen de les suborner à son tour; que le secret absolu qui couvre les séances du grand jury facilite les faux témoignages en leur assurant une complète impunité; que, d'ailleurs, les déclarations des témoins étant reçues isolément et sans contradiction, et n'étant point consignées par écrit, il serait difficile d'en vérifier la fausseté. L'auteur du rapport, après avoir constaté cette pratique vicieuse qui revêt la partie poursuivante d'un pouvoir dont elle abuse, qui abandonne l'inculpé sans aucun moyen de défense contre sa mise en accusation, et qui place les témoins en proie, soit à l'influence exclusive d'une seule partie, soit aux moyens de corruption employés par le plaignant et le prévenu, conclut, soit à la réforme du grand jury, soit même, si cela était possible, à sa suppression [1].

---

[1] London, *Law Magazine*, n° 64; cet article, écrit en réponse à une circulaire des commissaires chargés de l'enquête, est inséré dans leur huitième rapport, p. 357-369.

Lors même que ces reproches, officiellement consignés dans une enquête, seraient empreints de quelque exagération, il est impossible de ne pas admettre, qu'ils doivent être, au moins en partie, fondés, car ils ne font que constater les conséquences logiques de l'institution du grand jury : les formes de sa procédure et le secret de ses délibérations conduisent par une pente naturelle à la collusion des témoins et aux manœuvres frauduleuses des parties; l'absence des prévenus et la suppression de toute contradiction, de tout débat, doivent avoir pour résultat nécessaire l'oubli, non-seulement des droits de la défense, mais aussi des droits de la justice. Il y a lieu de penser qu'une réforme pourrait faire disparaître ces vices, soit comme le propose M. Pitt Taylor, en rendant les séances du grand jury publiques, en soumettant ses délibérations à la direction d'un magistrat, en lui permettant, par la contradiction des témoignages, de constater les parjures, soit, comme la voie ouverte par la pratique semble l'indiquer, en soumettant toutes les plaintes à une information préalable dont les éléments seraient produits devant les jurés.

Les États-Unis d'Amérique ont reçu de l'Angleterre l'institution du grand jury, et l'ont jusqu'à présent maintenue. Leur constitution déclare que nul ne peut être jugé pour crime, si ce n'est par une accusation admise par un grand jury [2]. Cependant cette institution, diversement appréciée par les légistes américains, vient d'être, dans plusieurs États, profondément remaniée. Nous trouvons sur ce point des détails très-intéressants dans un rapport du 31 décembre 1849, adressé à la législature de l'État de New-York par des commissaires qu'elle avait chargés de la rédaction du nouveau Code de procédure criminelle[1].

---

[1] « When we find, as we presently shall do, that this useless machining is productive alike of a large expense to the country, and of serious inconvenient to witnesses, are we not justified in advocating its immediate abolition? »

[2] « No person shall be held to answer for a capital or otherwise infamous crime, unless on presentment or indictment of a grand jury. » Sect. 46, art. 1.

Les commissaires constatent, au début de leur rapport, les opinions contraires que le jury d'accusation rencontre dans l'Union américaine. « La valeur de cette institution est aujourd'hui diversement jugée. Les uns la considèrent comme d'une très-haute importance, parce qu'elle fournit, à raison de sa forme secrète, le plus solide appui à la découverte et à la répression des crimes; les autres, au contraire, la regardent, à raison même du secret qui l'entoure, comme subversive des droits et des libertés des citoyens. » Les commissaires rappellent que les motifs de résistance à l'oppression qui la firent établir en Angleterre n'existent point aux États-Unis, mais qu'elle y a été considérée comme un moyen de protection pour les citoyens et comme un appui contre les dangers, d'une concession faite à la clameur populaire; et puisque d'ailleurs la constitution la consacre en termes exprès, ils proposent, non de l'abroger, mais de la modifier seulement. Voici les modifications qu'ils ont introduites : 1° Le grand jury ne peut rendre un bill d'accusation que dans le seul cas où l'accusé a déjà été interrogé par un magistrat; 2° toute poursuite d'office et non précédée d'une information régulière, ne donne au jury que le droit de renvoyer le prévenu devant un magistrat, pour qu'il soit procédé à une information préliminaire. Les motifs exprimés à l'appui de cette innovation, sont que les parties, stimulées par la cupidité ou la vengeance, et protégées par le secret de la délibération des grands jurés, réussissent, à l'aide d'assertions qui ne sont point contredites, à obtenir un *indictment* contre la personne qu'elles poursuivent; qu'il arrive même souvent que ce sont des créanciers qui, depuis l'abolition de la contrainte par corps, cherchent dans une accusation hasardée un moyen de coercition contre leur débiteur; qu'on voit aussi des plaignants qui, après que leur plainte examinée par un magistrat, a été rejètée, la représentent au grand jury et parviennent à lui faire rendre un *indictment;* qu'il importe donc de soustraire le grand jury à des obsessions ou à des manœuvres qui le conduisent à décréter trop facilement des accusations; et que le remède le plus efficace est de restreindre son pouvoir en soumettant chaque bill d'accusation à la condition impérieuse d'une information préliminaire faite devant un magistrat [1]. Ces nouvelles dispositions, déjà adoptées par quelques États, et notamment par l'État de Virginie [2], ont été sanctionnées par la législature de New-York [3].

---

[1] *Report complete* by the commissioners, on practices and pleadings, 1850.

De là il faut nécessairement inférer que le jury d'accusation, dans les pays où il est institué, n'apporte point, en général, à la liberté civile les garanties qu'elle en attend; que sa juridiction, irresponsable et secrète, inspire quelque défiance; qu'elle est devenue trop souvent, entre les mains des parties poursuivantes, un instrument d'oppression pour la défense, et que, dans tous ces pays, on cherche, par des réformes qui commencent par la restriction de ses pouvoirs et qui menacent son existence future, à subordonner son action à l'action du juge, soit, comme on le propose en Angleterre, en déléguant à un magistrat la direction de ses délibérations, soit comme on le décide aux États-Unis, en faisant de l'instruction écrite un élément nécessaire du bill d'accusation.

A ces expériences des autres peuples, nous n'ajouterons point celle qui a été faite en France. Il nous paraît difficile d'en constater avec sûreté les résultats. Le jury d'accusation n'a réellement existé que jusqu'à la loi du 7 pluviôse an IX; car, lorsque, en vertu de cette loi, le jury n'a plus jugé que sur la lecture de la procédure écrite, il a cessé de remplir les fonctions de jury pour remplir celles de juge, sans en avoir les lumières et la pratique. Les jurés ne jugent sainement que les faits qui frappent leurs sens; il faut qu'ils aient vu de leurs propres yeux les preuves à charge et à décharge, qu'ils aient ressenti l'impression que produisent les plaintes et les témoignages, il faut une action qui les saisisse, un débat qui excite leur intérêt. Réduit aux proportions d'une chambre d'accusation, le jury, dépourvu de toute aptitude pour ces fonctions obscures et inanimées, a dû les remplir avec négligence. Aussi sa suppression ne fit aucune impression et ne donna lieu à aucune réclamation [4]. Quant à son existence antérieure à la loi du 7 pluviôse an IX, il ne paraît pas, au moins pendant les années qui précédèrent la Convention, qu'il y ait eu lieu de déplorer ses résultats. Les discussions du conseil d'État constatent même qu'ils furent heureux [1]. Mais il était entaché de deux vices qui devaient nécessairement porter leurs fruits : le vice de sa procédure à peu près copiée dans la procédure anglaise, et le vice de sa composition qui n'était point en rapport avec l'importance et la difficulté de ses fonctions.

---

[1] *Report complete* by the commissioners, p. 115-126.

[2] *Laws of Virginia*, 1848, p. 145.

[3] *The Code of criminal procedure of the State of New-York*, § 253, 254, 255, etc.

[4] Meyer, t. IV, p. 468.

De tous ces faits, nous ne voulons tirer d'autre conséquence que celle qui se présente naturellement à l'esprit : c'est que le jury d'accusation, dans les diverses formes qu'il a revêtues, n'a point, en général, complétement réalisé les idées que la théorie s'était formées, c'est qu'il n'a point amené les résultats qu'elle attendait. Quelle est la cause de son impuissance? On peut la trouver sans aucun doute dans l'imperfection des législations qui l'ont constituée ; mais faut-il aller plus loin? Faut-il l'apercevoir non-seulement dans le jeu mal combiné de ses ressorts, mais dans les difficultés de sa tâche, dans sa nature même? Les critiques, au lieu de s'arrêter à lui, doivent-elles remonter jusqu'à l'institution ?

Ici viennent se poser deux questions qui furent longtemps agitées dans les discussions qui préparèrent la suppression du jury d'accusation : 1° Les jurés sont-ils aptes, d'après leur caractère général et les tendances qui leur sont propres, à apprécier les présomptions qui doivent fonder une accusation et à en tenir compte ? 2° Apportent-ils, dans cette mission spéciale, des garanties suffisantes à la justice ?

La première question n'est relative qu'à la capacité des jurés. On lit dans l'exposé des motifs du Code : « L'expérience a démontré qu'autant il est facile au jury de jugement d'apprécier le mérite des preuves dans l'état de perfection où se trouve la procédure alors, et d'après les débats qui ont lieu devant lui, autant il est difficile au jury d'accusation, tel qu'il existe, de calculer les présomptions d'après une instruction encore incomplète. La difficulté d'apprécier ces présomptions lui fait chercher des preuves dont il n'a pas besoin pour se déterminer, et comme il ne les trouve pas, il arrive souvent que, malgré les indices, au lieu de renvoyer le prévenu pour être jugé, il le juge lui-même et prononce son acquittement. » Voilà l'objection nettement formulée. Il faut reconnaître qu'elle n'est point dénuée de fondement.

---

[1] Locré, t. XXIV, p. 584.

Il est de principe, nous l'établirons plus loin, que des présomptions suffisent pour fonder une accusation : les preuves, en effet, ne peuvent se produire entières qu'à l'audience. C'est la contradiction du débat qui les fait éclater. Une première difficulté est donc de distinguer les preuves et les présomptions, les faits qui sont de nature à établir la culpabilité et les faits qui, sans l'établir, la font supposer. Comment, dans l'opération de l'esprit qui forme la conviction, discerner ces différents degrés? Comment les jurés comprendront-ils que la certitude n'est pas une base nécessaire de leurs décisions, qu'il leur suffit de constater une probabilité ? N'y a-t-il pas lieu de craindre qu'ils ne s'arrêtent pas aux simples présomptions et qu'ils n'exigent de la procédure préliminaire plus qu'elle ne peut leur donner ?

Ce n'est pas tout. Si les présomptions suffisent, c'est seulement lorsqu'elles sont graves et précises. « Il faut, disaient les lois du 29 septembre 1791 et du 3 brumaire an IV, qu'on articule contre le prévenu un fait grave. Ce ne sont plus de simples soupçons, une simple prévention, mais de fortes présomptions, mais un commencement de preuves déterminantes qui doivent provoquer la décision des jurés pour l'admission de l'acte d'accusation. » Ainsi, d'une part, les jurés doivent distinguer entre les présomptions et les preuves, et d'une autre part, entre les simples indices et les présomptions graves ; il faut qu'ils apprécient le commencement de preuve et la preuve entière, les indices légers et les présomptions déterminantes ; s'ils ne doivent point demander une preuve entière, ils ne doivent point non plus s'arrêter aux soupçons, aux simples indices. Or, ces distinctions, qui embarrassent quelquefois les esprits les plus exercés, ne peuvent-elles jeter quelque trouble dans l'intelligence d'hommes inexpérimentés qui n'appliquent à la solution des affaires que les notions du bon sens ? La question abstraite de savoir « si le fait imputé est de nature à motiver une instruction criminelle et s'il y a des charges suffisantes à l'appui de l'accusation », n'exige-t-elle pas, pour être résolue, des conditions, non-seulement de science, mais de pratique habituelle des procédures, que ne possèdent pas les jurés ?

Cette objection, à laquelle se sont principalement arrêtées les discussions du conseil d'État, est, nous le répétons, considérable. Elle conteste l'aptitude du jury à procéder, en matière criminelle, à tout autre acte qu'au jugement même ; car ce n'est que là qu'il trouve les questions claires et précises qui conviennent à sa juridiction, et les questions que soulève la mise en accusation supposent des notions spéciales, un point de vue, une espèce d'appréciation relative qu'il ne peut avoir. Nous admettons que toutes ces difficultés soient réelles, et, néanmoins, si elles s'opposaient seules à l'institution du jury d'accusation, elles ne nous sembleraient point insolubles. Ce n'est point l'incapacité de remplir leurs fonctions qui est imputée aux grands jurés de l'Angleterre ou de l'Union américaine. La tâche de prononcer sur la mise en accusation d'un prévenu est plus délicate sans doute que celle de prononcer sur sa culpabilité, parce qu'elle a pour éléments des faits moins caractérisés et plus incertains; mais est-elle donc au-dessus de la portée de l'intelligence commune des hommes? S'ils comprennent la différence qui sépare la mise en accusation et le jugement, comment ne comprendraient-ils pas la distinction de la prévention et de la culpabilité et par conséquent celle des preuves présumées et des preuves effectives? Que ce soit là une opération plus difficile de l'esprit, parce que les points à décider sont plus vagues et plus susceptibles d'une appréciation diverse, cela est vrai; mais cette opération dépasse-t-elle la portée du simple bon sens? Suppose-t-elle une application scientifique des règles du droit? Elle ne s'applique qu'à des faits, elle n'apprécie que des faits; elle s'enquiert, à la vérité, non de leur valeur absolue, mais de leur valeur relative; non de leurs conséquences définitives, mais de leurs conséquences provisionnelles; mais cette enquête, qu'il s'agisse de l'existence de ces faits ou de la présomption qu'ils peuvent exister, ne sort pas du domaine du jury. Et puis, est-il vrai que la législation ait suffisamment cherché les moyens de faciliter cette fonction? Les formules des lois de 1791 et de l'an IV doivent-elles être acceptées comme le dernier mot de la science du droit pénal? N'était-il pas possible de diviser les questions, de simplifier les formes? Enfin, si le jury d'accusation exige une plus haute capacité que le jury de jugement, ne peut-on pas attacher à ces fonctions des conditions d'aptitude plus élevées? Le droit des citoyens à faire partie du jury, n'est point un droit absolu, car le droit de juger suppose la capacité morale et intellectuelle nécessaire pour rendre un jugement; dès lors, à mesure que les fonctions déléguées aux jurés présentent une difficulté plus haute, ne semblerait-il pas rationnel ed leur demander, comme la loi anglaise le fait dans certains cas, une plus haute capacité?

La deuxième question, quoiqu'elle ait paru moins que la première arrêter le conseil d'État, semble mériter une plus sérieuse attention. Il faut à la société une justice pénale fortement organisée, et le premier anneau de cette justice est la juridiction qui, maîtresse en quelque sorte de la répression, prononce ou rejette la mise en accusation des inculpés. Il importe donc que cette juridiction soit constituée de manière à remplir dans toute sa plénitude une mission à laquelle elle ne pourrait faillir, sans jeter l'inquiétude dans la cité. Cette mission a un double objet : la protection de l'ordre en provoquant la répression des crimes, la protection de la liberté individuelle, en assurant la défense des inculpés. Or, le jury renferme-t-il, dans les éléments qui le composent et dans le caractère qui lui est propre, des garanties de ce double intérêt social assez puissantes pour que cette juridiction lui soit confiée?

En ce qui concerne la répression des crimes, le jury d'accusation est-il assez haut placé pour comprendre la nature de ses fonctions, pour apercevoir l'intérêt général qui se débat dans chaque accusation, pour s'identifier avec l'ordre social dont il est le représentant? Ici, la pratique présente des résultats qui ne sont pas favorables au jury. Quelle est la raison de la disposition des lois britanniques qui prohibe l'audition du prévenu et des témoins à décharge par le grand jury? Et pourquoi les lois américaines et nos lois de 1791 et de l'an IV ont-elles reproduit cette prohibition? C'est que partout on a craint la faiblesse des jurés, l'influence des intérêts particuliers, l'oubli des intérêts généraux; c'est qu'on a voulu mettre dans leurs mains les éléments de l'accusation, à l'exclusion des éléments de la défense, de peur que la première ne fût sacrifiée à celle-ci. Et quel est l'esprit de ces réformes faites ou projetées qui veulent tantôt soumettre le jury à la direction d'un juge, tantôt donner pour base à sa décision une procédure écrite? C'est reconnaître que ce jury n'a pas en lui-même la force nécessaire pour accomplir sa tâche en présence de tous les éléments du procès; qu'il importe de lui en voiler une partie pour le maintenir dans la voie où la loi veut le diriger; qu'il ne peut marcher avec sûreté sans le concours et l'appui d'un magistrat.

Et, en effet, il est de la nature du jury de chercher exclusivement les éléments de sa décision dans les faits de la cause qui lui est soumise, et de ne pas porter ses regards jusqu'aux principes que ces faits peuvent intéresser. C'est là ce qui fait l'utilité de son intervention dans les jugements criminels, parce qu'il ne peut jamais suivre une jurisprudence, parce qu'il est libre de toute prévention. Mais lorsqu'il s'agit de prononcer une simple mesure d'instruction, telle que la mise en accusation des prévenus, peut-être est-il nécessaire que la pensée s'élève en quelque sorte au-dessus des faits particuliers pour apprécier l'intérêt général qu'ils mettent en cause. Une accusation doit être appréciée en elle-même et d'après les éléments sur lesquels elle s'appuie; mais elle doit en même temps être examinée dans ses rapports avec l'ordre social qu'elle rassure, avec la liberté civile qu'elle inquiète. Il s'agit de l'examen d'un fait et des circonstances qui le rendent plus ou moins probable, mais cet examen sera plus ou moins sévère, suivant la fréquence des faits de la même espèce, suivant l'alarme qu'ils causent, suivant leur gravité morale, suivant l'état social dans lequel ils se produisent. Il y a donc dans cette appréciation des règles générales qui protégent les différents intérêts attachés à toutes les accusations, et on peut douter que les jurés les aperçoivent.

En ce qui concerne la défense des prévenus, il est également à craindre, et ce n'est pas sans quelque étonnement qu'on arrive à cette conséquence, que cette défense ne trouve pas dans le jury d'accusation toute la protection que cette institution semble lui promettre. Nous avons vu que c'est surtout sous ce rapport que les réformateurs américains et anglais attaquent le grand jury; ils le signalent comme un instrument d'oppression, placé sous l'influence des parties accusatrices, et décrétant avec légèreté les accusations. Et, en vérité, comment n'en serait-il pas ainsi, lorsque la partie qui accuse est la seule qui soit entendue, lorsque l'accusé n'a ni la faculté de se défendre ni même de se faire défendre par un tiers? A la vérité, une disposition qui conduit à des résultats aussi déplorables pourrait être modifiée; on pourrait admettre le prévenu et les témoins devant le jury. Mais d'où vient qu'on ne le propose nulle part? C'est qu'il est évident qu'un débat contradictoire énerverait l'accusation, et que le jury en face de la défense serait paralysé; de sorte qu'on arrive par un étrange dilemme à l'une ou l'autre de ces deux propositions : c'est qu'il faut ou livrer au jury tous les éléments pour ou contre l'accusation, et dans ce cas, il est à craindre que l'intérêt de la société ne soit sacrifié, ou ne lui faire connaître que les seuls éléments qui l'appuient, et dans ce second cas, l'intérêt de la défense sera infailliblement froissé. Or, ce dilemme est, suivant nous, l'un des plus forts arguments qu'on puisse opposer au jury d'accusation, car il en résulte qu'il serait impuissant à sauvegarder à la fois les intérêts de la sûreté publique et ceux de la sûreté particulière.

Telles sont les principales considérations que soulève l'appréciation du jury d'accusation. Il faut se garder d'en tirer une conséquence trop absolue. Il serait téméraire d'affirmer que cette institution, soumise à des formes nouvelles, recrutée dans les rangs les plus éclairés de la société, affermie par une législation plus prévoyante et mieux étudiée, ne pourra pas reprendre les hautes attributions qu'elle a à peine conservées pendant quelques années. L'épreuve qu'elle a subie, sous une législation imparfaite et dans des circonstances anormales, ne peut être considérée comme définitive. Les lois suivent les progrès de l'instruction générale et des mœurs : il se peut que les jurés, plus aptes à ces difficiles fonctions, apportent dans leur exercice une intelligence plus haute de leurs devoirs ; il se peut qu'une combinaison plus heureuse des pouvoirs judiciaire, permette, sans danger pour l'ordre, l'association des magistrats et des jurés dans l'accusation comme dans le jugement. On doit se borner à apprécier les faits existants sans imposer de règle à l'avenir.

Ce qu'il faut reconnaître seulement, c'est que, dans l'état des faits constatés au moment de la rédaction de notre Code, on ne peut blâmer le législateur d'avoir prononcé la suppression de ce jury. En se reportant à cette époque, on voit que, condamné par la courte expérience des années qu'il avait traversées, condamné par l'avis à peu près unanime des tribunaux, il n'était pas même soutenu par l'opinion publique. Les essais de 1791 et de l'an IX avaient à deux fois, et sous des formes diverses, paru frappés de stérilité. Soit qu'on dût attribuer ce résultat aux imperfections de la loi, soit qu'on dût le rattacher aux difficultés des fonctions déléguées au jury ou à la nature même de l'institution, la pratique semblait avoir prononcé contre lui. Les théories de l'Assemblée constituante étaient son seul appui; mais l'ordre judiciaire, créé par cette assemblée, s'était écroulé presque en entier; le jury d'accusation se présentait, non plus comme la partie essentielle d'une institution générale, mais comme une institution isolée qui ne pouvait être que péniblement rattachée au nouveau système judiciaire. Sa suppression a donc dû être prononcée, et si l'on examine attentivement la marche actuelle de cette juridiction dans les contrées où elle a continué de vivre, on est conduit à ajouter que cette suppression n'a pas dû jusqu'à présent être sérieusement attaquée.

FAUSTIN HÉLIE.

ÉTUDES SUR LES REPRISES ET LES PRÉLÈVEMENTS,

Communauté conventionnelle. — Reprise en nature du mobilier propre. — Droit de disposition du mari. — Prélèvement des valeurs réalisées au profit de la femme. — Concours avec les créanciers de la communauté.

Par M. ANCELOT, docteur en droit, avocat général à la Cour impériale de Riom.

(Suite) (1).

Nous entrons dans un nouveau sujet. La position et les droits de la femme vont nous apparaître sous un autre aspect. Il s'agira de scruter la nature intime et de mesurer la portée du prélèvement de *valeur* autorisé par la loi pour les cas où la reprise est impossible. Ce prélèvement procède-t-il par voie de dation en paiement d'une simple *créance* pourvue d'une prérogative exceptionnelle, ou bien d'un droit *antérieur* de propriété qui saisirait rétroactivement une portion correspondante de la masse indivise, soit à l'instant où la communauté est rompue, soit même à une époque antécédente ? Telle est la première question qui doit nous occuper. C'est seulement après avoir ainsi déterminé le principe et les effets du prélèvement *entre les époux*, que nous l'étudierons dans ses rapports avec les intérêts des tiers.

Ici encore, nous commencerons par un regard jeté en arrière, et nous assisterons à la génération progressive des idées modernes.

Le prélèvement a pour base première une notion d'équité et de bon sens que nous n'avons pas à développer. Une fois admise la distinction du patrimoine de la communauté et de ceux des

---

[1] V. t. III, p. 917.

époux, il y avait nécessité logique d'accorder à chacun d'eux le retrait ou recouvrement de tout ce qu'il a versé de biens personnels dans la masse commune. Ainsi fut-il fait dans nos coutumes, notamment dans celles de Paris (art. 232), d'Orléans (art. 192) et du Nivernais (chap. xxIII, art. 18). Il y a cela de particulier dans ce dernier article qu'il établit explicitement la *gradation* de reprise sanctionnée par notre Code (art. 1471 et 1472). En voici le texte :

« Deniers de mariage sortissants nature d'héritage non rem- « ployés ou assignés par le mari avant son décès ou de sa femme, « se prennent sur les biens meubles et conquêts de la commu- « nauté avant tout partage, et, s'il n'y a aucuns meubles ou con- « quêts en ladite communauté, ou s'ils ne sont suffisants pour le « remboursement desdits deniers, ils se prennent sur l'héritage « dudit mari »

Coquille explique ainsi la disposition qu'on vient de lire :

« C'est bien raison, pour ce qu'ils y sont entrés (les deniers) ; et « pour ce qu'il est bien séant de présumer le bon mesurage plu- « tôt que le mauvais, il faut croire que les mêmes deniers sont « encore extants ou autres meubles ou conquêts faits d'iceux et « subrogés au lieu d'iceux... Cette dette est inhérente et atta- « chée à la masse de cette communauté, et la diminue par sa « constitution ou destination spéciale...

« La veuve ne sera pas tenue prendre des *meubles en paiement ;* « car sa dette est en *deniers*. L'héritier du mari vendra les meubles, « si bon lui semble, pour faire des deniers; mais bien sera tenue de « prendre des corps de conquêts, pourvu qu'ils soient à sa com- « modité raisonnable, comme si c'était remploi de ses deniers, « et tel est présumé. »

On le voit, ce qui domine dans l'esprit du judicieux commentateur, c'est l'idée d'une dette ordinaire en paiement de laquelle sont dévolus des biens de la communauté, facultativement quant aux meubles, obligatoirement quant aux immeubles. Nous allons entendre Renusson s'expliquer dans le même sens à propos du remploi. (*Des Propres.* — Chap. IV, sect. VI, no 3.)

« S'il y a quelques coutumes qui assignent le remploi sur les « conquêts, cela ne s'entend pas pour dire que celui des conjoints « dont les propres ont été vendus, ait droit de les revendiquer *pour* « *siens* au lieu de ses propres vendus. Mais les coutumes ont voulu « seulement assigner une récompense sur les acquêts. On peut

« bien, par un accommodement, les *prendre en paiement*... Mais « ni l'un ni l'autre des conjoints n'y peuvent être contraints. Ils « n'ont pas aussi droit de les vendiquer, mais ils ont seulement « une action pour être récompensés du prix de la vente de leurs « propres qui est une somme de deniers... Qui dit prix dit de- « niers et, par conséquent, une chose mobilière. »

Un nouveau point de vue va se montrer à nous de plus en plus distinct chez d'autres jurisconsultes de l'ancienne école.

Brodeau (sur Louet) expose à la lettre P (Somm. 13, nº 4 à 7) la jurisprudence alors récente qui obligeait l'héritier des propres d'un époux à contribuer *pro rata emolumenti* avec l'héritier des meubles et acquêts, au paiement des dettes de la communauté, bien que l'actif de la communauté ne profitât qu'au second de ces héritiers. Ce jurisconsulte présente ensuite comme corollaire de cette doctrine l'obligation pour l'héritier des propres de concourir au paiement de la *dette du remploi des propres* de la femme et rapporte des décisions rendues dans ce sens. Après quoi il indique les raisons de douter qui semblaient faire obstacle à la jurisprudence régnante. Il a été ainsi jugé, dit-il, « nonobstant que « l'on soutînt que le remploi était proprement une *charge réelle* de la « communauté de laquelle l'héritier des meubles et acquêts était « seul tenu, et non une dette personnelle de la succession ; que par « les termes du contrat de mariage, il fût nommément stipulé « que le remploi se prendrait sur les biens de ladite commu- « nauté... que les propres du mari n'y fussent que subsidiaire- « ment obligés ; qu'il y eût fonds suffisant en la communauté « pour payer et acquitter la dette dudit remploi, les deniers du- « quel y étaient entrés. » L'auteur ajoute : « ce qui recevait « beaucoup de difficulté, d'autant que le remploi, à l'égard des « conjoints, n'est *point une dette* soit mobilière ou immobilière « et réelle, mais une reprise et une *distraction* de deniers dont « la communauté n'est que dépositaire, etc. » Ici la notion de dette simple et d'imputation en paiement semble faire place à celle d'une délibation exercée à titre de *propriétaire*. Et, cependant, l'annotateur revient au caractère de dette quand il examine (lettre R, somm. 30, nº 20) quelle est la nature de l'action en remploi ; qui doit en supporter les effets, et qui doit en profiter. Voici dans quels termes il en précise l'objet :

« C'est une action qui ne va qu'à la répétition, reprise et dis- « traction du prix de la vente sur les biens de la communauté

« en laquelle il est entré, laquelle ne tend point à la vendication « de la chose vendue, suivant ledit article 232 de la coutume de « Paris, et conséquemment elle est de sa nature mobilière : l'ac« tion, comme la puissance, se termine et se qualifie par la na« ture de l'objet auquel elle s'attache, et de la fin où elle tend et « aboutit. » D'où le jurisconsulte déduit que « le mari portant « les biens de sa première communauté en une seconde.... cette « seconde communauté est chargée du remploi des propres de « la première femme comme dette mobilière. » Plusieurs arrêts en avaient aussi inféré que « l'action de remploi, comme mobi« lière appartient aux héritiers mobiliers, à l'exclusion de ceux « des propres. » Ces solutions ne sont, il est vrai, rélatives, dans l'esprit de Brodeau, qu'au cas où la communauté seule subvient au remploi ; car si les biens du mari sont atteints par un recours subsidiaire, l'action, en tant qu'elle les frappe, revêt une qualité *immobilière* qui la fait tomber à la charge des *héritiers immobiliers* du mari ; mais la créance, tout immobilière qu'elle devînt alors dans les anciens principes, n'en était pas moins une créance et nullement un véritable droit *réel* sur les propres du mari. Tout l'intérêt de la qualification se renfermait dans l'imposition de la dette à tel ou tel héritier. Quant au reste, la femme n'était qu'une créancière pourvue d'une hypothèque datant *du jour de son contrat de mariage* (*loc.cit.*, nº 15) ; sa poursuite ne tendait qu'à un résultat pécuniaire. La *réalité* ne se trouvait que dans l'affectation hypothécaire ; elle manquait au droit lui-même. Donc, en dernière analyse, Brodeau ne transforme pas le titre de la femme en copropriété des biens soit de la communauté, soit du mari ; il fait seulement poindre comme objection, une idée nouvelle qui soumettrait, par une sorte d'*assignat démonstratif*, l'actif de la communauté au fournissement des reprises de la femme, de telle façon que cette charge, une fois éteinte ainsi, ne pût toucher en rien la succession du mari.

Lebrun va nous offrir des vues analogues. A la page 361, nº 44, il se fait d'abord l'écho de l'opinion de Coquille en disant : « Le « remploi est dû en *deniers* ; ainsi, il ne se peut pas faire en « simples meubles, si le conjoint à qui il est *dû n'y consent*. Mais « la clause du contrat permet presque toujours de le faire. La « raison est qu'il reste toujours quelque présomption que le con« quêt est fait du prix de la vente du propre, etc. » Plus loin, le commentateur enseigne « que l'action de remploi appartient aux

« héritiers mobiliers, et que, quand le conjoint à qui il est dû « survit et se remarie, elle entre dans une seconde communauté, « ce qui se doit étendre tant au remploi passif qu'au remploi actif.» (P. 372, n°89, et 374, n° 97.) Cela posé, Lebrun envisage les particularités qui signalent la dette de remploi dans son attribution passive et invoque l'autorité de Brodeau pour établir que ce n'est point là une *dette réelle de la communauté;* « mais une dette per« sonnelle de la succession du mari, de telle sorte que l'héri« tier des propres du mari contribue au remploi à proportion de « son émolument, quoique l'héritier mobilier acquitte le remploi « qui régulièrement est mobilier. » (P. 374, n° 98.) Après quoi vient cette réflexion propre à l'auteur : « Cela doit avoir lieu au « cas même qu'on ait stipulé que le remploi sera pris d'abord « sur les effets de la communauté et subsidiairement sur les « propres du mari et que les meubles et conquêts aient été « trouvés suffisants, cet ordre ne concernant que l'intérêt de la « femme qui exige son remploi, non l'intérêt des héritiers du « mari qui sont obligés de contribuer au remploi. » A l'exemple de Brodeau, Lebrun ne voit dans la communauté qu'une *dépositaire de toutes les reprises* de la femme (p. 377, n° 108.) — Comme lui encore, il proclame que *la reprise n'est pas une dette, mais une distraction*, et que la fiction *imitant la vérité*, *la femme reprend ses deniers réalisés comme elle fait ses immeubles réels* (p. 387, n° 30). Il explique enfin (p. 474, n°s 4 et 5, et 500, n° 75) que l'affectation spéciale des meubles et conquêts à la prestation des reprises n'est qu'une *simple démonstration et non un assignat limitatif; en sorte qu'au défaut de meubles et conquêts la reprise se fera sur les propres du mari.*

Si du Traité de Lebrun sur la communauté nous passons aux commentaires de Ferrière sur la Coutume de Paris, nous allons voir marqué d'un trait plus énergique encore le caractère exceptionnel de la créance de reprise.

Le savant auteur, expliquant l'art. 253 de la coutume, est conduit à se demander si le douaire de la seconde femme doit primer les reprises de la première sur la communauté qui a existé entre elle et son conjoint remarié. Il résout ainsi la question (t. III, p. 812) :

«... Les reprises pour les deniers dotaux, remplois et autres « conventions matrimoniales de la première femme se doivent « faire généralement sur tous les biens de la première commu« nauté avant que le douaire de la seconde femme se puisse

« prendre, lequel ne se peut prendre que sur ce qu'il restera des « biens de la communauté après ces reprises faites, quoique ces « reprises consistent en rentes constituées ou en sommes de de- « niers à une fois payer.

« La raison est qu'entre les conjoints par mariage et leurs hé- « ritiers, ces reprises ne se considèrent pas comme dettes com- « munes, mais se prennent par délibation et distraction *et comme « par droit de propriété*. Ainsi la veuve qui prend la garde de « ses enfants ne souffre point confusion de ses reprises et con- « ventions matrimoniales, quoiqu'elle soit chargée de toutes les « dettes mobilières de ses enfants... C'est la raison pour laquelle, « quand elle prend des héritages de la communauté pour ses « reprises, elle ne doit aucuns droits seigneuriaux, comme il a « été dit sur l'article 33.

« C'est aussi pour cela que les enfants héritiers de leur mère « peuvent faire ces reprises *en corps effectifs* de communauté, et, « par ce moyen, les acquisitions de la communauté ne consis- « tent plus que dans ce qui reste après les reprises faites, etc. »

Rapprochons de ce passage celui qui se trouve sous l'art. 33 et auquel nous a renvoyé Ferrières :

«... Il n'est dû de relief par la veuve ou par ses héritiers en « ligne directe pour le *délaissement* d'un ou de plusieurs con- « quêts de la communauté *en paiement* du remploi de ses pro- « pres, soit qu'*elle renonce* à la communauté, soit qu'elle l'ac- « cepte. Mais si en paiement on lui délaisse des fiefs ou rotures « étant des *propres* du mari, les profits et droits seigneuriaux « en seront payés comme en cas de vente, etc. »

Citons en dernier lieu les quelques lignes dans lesquelles le commentateur caractérise par ses fins juridiques l'action en remploi : (Préface sur l'art. 232) :

« Cette action pour le remploi des propres aliénés, même « au cas qu'il échet de la prendre sur des *immeubles*, est « néanmoins censée mobilière, et, en cette qualité, appartient « aux héritiers des meubles : ce qui dépend d'une raison que « nous avons déjà touchée ailleurs, que pour juger de la nature « de ce qui peut revenir d'une action, on ne considère pas sur « *quelle nature de biens elle est à prendre*, mais seulement ce qui « en peut revenir ; de sorte que, si elle va à évincer un héritage « des mains de quelqu'un, elle est censée immobilière ; si, au « contraire, une somme d'argent, *quoiqu'on la prétende sur*

« *un immeuble*, elle ne laisse pas d'être réputée mobilière. »

On voit que Ferrière a fait encore un pas de plus dans la voie d'assimilation où s'étaient timidement engagés Lebrun et Brodeau. Il ne s'arrête pas avec eux aux mots *distraction* et *délibation*. Il y ajoute ceux-ci bien plus explicites encore : *Comme par droit de propriété*. Voilà donc la femme procédant à l'instar d'un propriétaire qui revendique sa chose, quand elle exerce ses reprises. La similitude va jusqu'à ce point que nul droit de relief ou mutation, n'est dû sur la dévolution des héritages de communauté livrés à la femme. Si, au contraire, le mari abandonne des biens qui lui sont propres, l'opération est traitée comme une véritable vente. C'est donc à dire qu'au premier cas une fiction d'investiture antécédente exclut toute idée d'une transmission ordinaire de la propriété. Mais cette fiction fait-elle évanouir la qualité substantielle et primordiale du droit de la femme ? En d'autres termes, cette femme est-elle regardée comme n'ayant toujours été que *propriétaire* et jamais *créancière ?* Nous trouvons une réponse négative à l'endroit même où l'exemption du relief est enseignée. En effet, il ne s'agit, suivant l'auteur, que d'un *délaissement en paiement*. Donc l'idée dominante d'une dette n'a pas cessé de planer sur la tradition immobilière, et cela est tellement vrai que l'action en remploi est déférée sans hésitation à l'*héritier mobilier*, bien qu'elle se résolve en une acquisition d'immeubles. Denisart n'attribue aussi qu'une *créance* tout au plus privilégiée sur les conquêts à l'époux retrayant. (V. *Remploi*, nos 14 et 21.) On peut conclure de ces discordances au moins apparentes que le prélèvement à titre de reprises ne se présentait pas à nos anciens jurisconsultes avec un caractère nettement défini. Nous allons en trouver un nouveau témoignage chez celui d'entre eux qui a fait briller au plus haut degré, dans la science du droit, la lucidité française : on a nommé Pothier. Voici comment il s'exprime dans son *Traité des successions*, chap. v, § 1, p. 562 :

« Les reprises que le survivant a droit d'exercer sur la com-
« munauté... sont-elles, pour la moitié dont le prédécédé qui
« n'en a pas de pareilles à exercer est tenu, une dette de la suc-
« cession à laquelle son héritier aux propres qui n'a rien à pré-
« tendre dans les biens de la communauté, doive contribuer ?
« Il semble que, suivant notre principe, il y doit contribuer ;
« car cette dette des reprises du survivant est une vraie dette
« du prédécédé qui en est tenu personnellement... Néanmoins,

« plusieurs pensent aujourd'hui que l'héritier aux propres n'en « doit pas être tenu; ces reprises que le survivant a droit d'exer- « cer leur paraissent devoir être regardées moins comme *une* « *créance* que comme donnant *un droit plus fort* dans la com- « munauté qu'a le conjoint qui a ces reprises à exercer, lequel « diminue d'autant celui de l'autre conjoint qui n'en a pas de « pareilles à exercer, et qu'en conséquence la succession du « prédécédé ne doit pas être regardée comme débitrice des « reprises du survivant, mais plutôt comme n'ayant jamais été « propriétaire d'autres choses dans les biens de la communauté « que de celles qui lui sont échues en son lot après les prélève- « ments faits au profit du survivant, le surplus des biens de la « communauté étant censé avoir toujours appartenu au survivant « qui avait des reprises à exercer; que c'est une suite de l'effet « déclaratif et rétroactif que notre jurisprudence donne aux « *partages*. »

Au temps de Pothier, il y avait donc deux opinions en présence : l'une, la plus ancienne, qui confondait la dette de reprises avec toutes les autres pour la faire peser sur l'universalité de la succession. L'autre (c'est la *moderne*, comme le dit lui-même l'auteur) qui tendait à englober le paiement de la dette en question dans le partage de la communauté, sous forme d'un lot d'attribution, de manière à exonérer l'héritier des propres. Mais pour ne pas se méprendre sur la portée de ce schisme juridique, il importe essentiellement de remarquer que tout l'intérêt du débat se réduisait à une distribution des charges entre les diverses *classes* des héritiers du mari.

Nous franchissons d'un seul bond l'intervalle qui sépare l'année 1777 (époque de la publication posthume du Traité de Pothier sur les successions) de la grande époque de notre codification, et nous nous demandons ce que la loi nouvelle a voulu faire. Il est manifeste tout d'abord qu'elle a, dans les articles 1470 et 1471, spécialement affecté les biens de communauté à l'exercice des reprises. Mais reste toujours le problème que nous avons posé. A quel titre cet exercice a-t-il lieu?.. Est-ce comme propriété fictivement existante *à priori?* Est-ce comme simple créance dont l'attribution d'immeubles ne serait que l'extinction libératoire, et qui serait ainsi comprise dans les dispositions *mobilières* faites par l'époux créancier, bien que devant se résoudre en une investiture *immobilière?* C'est surtout au cas de remploi dû à l'un des époux que la question saisit davantage l'esprit. Car on est naturellement porté à regarder les conquêts comme remplaçant virtuellement les propres aliénés. (Voir ci-dessus Coquille et Lebrun.) Aussi, est-ce à ce point de vue que la controverse s'est particulièrement allumée. Nous croyons qu'il ne sera pas sans intérêt d'en suivre la marche progressive dans la jurisprudence qui a pris ici les devants sur la doctrine. Mais nous aurons soin de ne demander à chaque arrêt que sa pensée la plus intime.

La Cour de Caen (19 janvier 1832), appelée à juger, dans une très-remarquable espèce, la question d'imposition des reprises examinée par Pothier (V. *supra*) consacra, dans une habile déduction de motifs, l'opinion qui naissait à la fin de la vie du grand jurisconsulte, et repoussa toute idée de *datio in solutum* pour s'attacher à celle d'une propriété manifestée par le mot *prélever*. — La Cour de cassation parut répudier cette idée le 6 mai 1840, en maintenant la perception d'un droit de transcription sur des biens de communauté abandonnés par un père à ses enfants pour les remplir des reprises de leur mère. — Le 3 mars 1841, la Cour de Lyon rendit un arrêt dont M. Troplong a mis en lumière la véritable signification (nº 1651) et qui a été l'objet d'une observation bonne à consulter de la part du *Journal des Arrêts* de cette cour (V. Sirey-Devill., 1841, 2, 347). Nous le mentionnons uniquement parce qu'il touche à un point particulièrement difficile de la question générale, à savoir le prélèvement des *indemnités* dont parle l'article 1471. — C'est la Cour de Paris qui la première eut à décider si la donation *mobilière* faite par un époux à son conjoint pouvait comprendre les reprises du donateur, alors même que leur exercice venait à se résoudre en un prélèvement d'*immeubles* sur la masse commune. La négative fut consacrée le 21 février 1846, par infirmation du jugement de première instance. On considéra que l'époux qui prélève (lui ou ses successeurs) avec imputation sur ses reprises, devait être considéré comme ayant été *propriétaire ab initio* des conquêts qui lui sont attribués, par suite de l'effet rétroactif attaché aux partages, et qu'ainsi le caractère mobilier ou immobilier de la reprise était subordonné à la nature mobilière ou immobilière des biens sur lesquels elle s'exerce. — Cette doctrine trouva, le 7 juin 1848, un écho dans la Cour de Caen qui déclara que l'effet rétroactif remontait *jusqu'au jour où les biens ont été acquis à la* *communauté*, et admit sur les conquêts affectés aux reprises de la femme l'efficacité d'une hypothèque constituée pourtant uniquement sur sa *moitié indivise dans les immeubles de la communauté.* Le 1er août de la même année, la chambre civile de la Cour suprême invoqua surabondamment la même fiction dans une intéressante espèce dont M. Troplong a été doublement rapporteur, et comme magistrat et comme jurisconsulte. (V. nº 1649 de son Traité.) — Bientôt s'offrit à cette chambre une autre occasion de proclamer plus explicitement sa conviction. Il s'agissait de prononcer sur le pourvoi formé contre l'arrêt de la Cour de Paris du 21 février 1846. Ce pourvoi fut rejeté le 28 mars 1849, en vertu des motifs qui découlent de cette prémisse : *Que les reprises ne constituent pas des créances proprement dites dans le sens général attaché à cette expression*, mais bien une copropriété plus forte dans la masse commune. Ces principes sanctionnés par la Cour suprême devaient naturellement rayonner de plus en plus dans la jurisprudence, et se réfléchir en conséquences directes dans ce droit spécial qui traduit en perceptions au profit du fisc les solutions données par le droit général. C'est ainsi que nous rencontrons dans notre revue des précédents plusieurs décisions provoquées par des questions d'enregistrement qui n'étaient qu'autant de branches de la question génératrice. Sans nous arrêter aux jugements qu'on peut voir dans les recueils de la matière (V. Masson Delongpré, *Bulletin de l'Enreg.*, nos 3056 et 3188), relevons un troisième arrêt de la chambre civile (8 avril 1850), qui prenant toujours pour point de départ la propriété dont l'époux créancier de reprises serait saisi de plein droit au moment de la dissolution de la communauté, frappe d'un droit de mutation immobilière l'abandon fait par la femme aux héritiers de son mari, à titre onéreux, de la portion des immeubles communs affectée à ses reprises par suite de l'insuffisance du mobilier. — La consécration d'un prélèvement souverain en faveur de la femme acceptante ne pouvait manquer d'éveiller chez la renonçante des prétentions analogues. Comment, en effet, l'épouse qui devient, par son acceptation, *associée* du mari serait-elle plus avantageusement traitée par la loi que celle qui, placée en face d'une communauté désastreuse, s'en dégage en y renonçant, et n'aspire qu'à en retirer sa fortune individuelle ? Ainsi parlaient, il faut le reconnaître, le sens commun et l'équité. Mais la logique du droit permettait-elle d'écouter leur langage ?

La femme devenue étrangère à la communauté par sa répudiation pouvait-elle réclamer un prélèvement qui, dans l'ordre des idées admises, avait pour unique source une *copropriété* antérieure du patrimoine de la société conjugale créée ou plutôt consommée par l'acceptation de la femme? Cette nouvelle face de la question se présenta le 8 mai 1851 à la Cour d'Amiens, qui déclara la femme renonçante, simple *créancière* de son mari pour ses reprises, en regard du moins des autres créanciers de celui-ci, et sauf l'effet de son hypothèque légale. — La chambre des requêtes admit le pourvoi formé contre cet arrêt. — Nous nous bornons à faire mention de celui qui fut rendu le 19 juillet 1851 par la Cour de Grenoble, dans le sens du prélèvement à titre de propriété, et nous nous hâtons de fixer l'attention du lecteur sur le plus remarquable des monuments judiciaires que cette grande controverse a fait naître. Nous voulons parler d'un arrêt de la Cour de Nancy du 16 février 1852, qui a fondé sur une argumentation aussi riche qu'habile l'invariabilité du caractère *mobilier* de l'action en reprises, quels que soient les résultats matériels de son exercice (S. Dev., 52, 2, 54; Dall., 52, 2, 273). Il y a eu admission du pourvoi. — Le mouvement si fécond des affaires a porté devant la Cour de Paris, le 31 décembre 1852, un point de droit secondaire que nous avons déjà signalé plus haut à propos de l'arrêt de Lyon du 3 mars 1841. S'il est difficile d'attacher un droit *réel* de prélèvement aux deux premiers chefs de reprise énoncés en l'article 1470, la difficulté s'accroît encore quand il s'agit du troisième, c'est-à-dire des *indemnités* dues par la communauté à la femme pour obligations contractées avec son mari. L'article 1471 paraît, en effet, présupposer qu'un *bien* de la femme est tombé de fait dans l'actif de la communauté, et que tel est le principe de sa délibation privilégiée. Or, cette condition primordiale manque au cas qui nous occupe. La femme engagée avec son mari n'a pas enrichi de ses biens la société conjugale; elle l'a seulement assistée comme caution du mari. — N'y aurait-il pas non-sens à voir dans le prélèvement qu'elle exerce à titre de *sauvegarde*, l'attribut d'un droit de propriété qui n'a jamais reposé sur sa tête avant ou pendant le mariage et qu'il faudrait faire surgir après coup pour le besoin de la situation? La Cour de Paris ne s'est point arrêtée à cette objection qui, du reste, n'avait pas été produite, mais qui sortait du fond même de l'affaire. Elle a considéré la femme non point comme une *simple* *créancière d'indemnités*, *mais comme une véritable propriétaire qui retire sa chose franche et quitte de la masse active*, ou tout au moins comme *une créancière privilégiée qui s'appropriait* ipso jure *et par distraction de la chose qui était son gage*, etc. Les magistrats ont pensé d'ailleurs *que ce droit exorbitant* de la femme acceptante *était*, *quel que soit le nom qu'on lui donne*, *justifié par sa position exceptionnelle sous le régime de la communauté*. — Le jour même où la Cour de Paris jugeait ainsi, celle de Caen ajoutait un nouvel anneau à la chaîne de sa jurisprudence en plaçant les prélèvements sous l'empire de l'article 883.

La Cour suprême n'avait pas encore dit son dernier mot sur les conséquences que semblait renfermer le principe de la *réalité à priori* du droit de la femme ; principe adopté dans ses précédents arrêts. Il lui restait à décider en premier lieu, si la prérogative accordée à la femme acceptante, le serait également à la renonçante ; — en second lieu, si cette prérogative devait opérer non-seulement entre les époux ou leurs successeurs universels, mais encore à l'encontre des *créanciers* de la communauté soit acceptée, soit répudiée. — Ce double problème s'est présenté à la juridiction régulatrice dans une seule et même espèce, le 15 février 1853, date d'un arrêt dont nous reproduisons le texte comme un résumé concis et net des motifs de décision (V. S. Dev., 1, 145 ; Dall., 1,75, Pal., 1853, 1, 513) :

« Attendu qu'il résulte de ces articles (1470, 1471, 1483 et « 1493), que c'est à titre de *propriétaire* que la femme, de même « que le mari et avant ce dernier, a droit au prélèvement préa« lable de ses propres lors de la dissolution de la communauté, « et qu'en conséquence l'actif de cette communauté ne se com« pose que du surplus des biens, prélèvement fait des reprises « ci-dessus ; qu'il suit de là, que la femme ne peut être placée « sur la même ligne que les créanciers de la communauté, et « qu'elle doit être intégralement remplie desdites reprises, *avant* « que lesdits créanciers puissent faire valoir leurs droits sur l'actif « de cette communauté ; — qu'elle a le droit, par conséquent, « de se prévaloir contre ces derniers de ces principes, qui sont « généraux dans la matière et applicables, soit qu'elle accepte « la communauté, soit qu'elle y *renonce*, puisque, dans l'un et « l'autre cas, il s'agit pour elle de rentrer dans ses biens propres « ou dans leur valeur ;

« Attendu, quant au mode de prélèvement, que l'article 1471

« précité, dispose que les reprises de la femme pour ses propres
« non existants en nature, doivent s'exercer d'abord sur l'argent
« et le mobilier..... et qu'il suit de là et des principes ci-dessus,
« que les droits des créanciers ne peuvent s'exercer sur les valeurs mobilières, qu'après le prélèvement intégral desdites
« reprises ;

« Attendu, en conséquence, qu'en ordonnant que la dame F***
« viendrait seulement à contribution concurremment avec les
« créanciers de son mari, sur le mobilier de la communauté réduite aux acquêts..., à laquelle elle avait *renoncé* pour le recouvrement des sommes réclamées en son nom et qui, aux termes
« de leur contrat de mariage, lui demeuraient propres à titre de
« dot, l'arrêt attaqué a expressément violé les articles précités,
« — Casse. »

La chambre civile a trouvé, huit jours après (le 23 février 1854), une nouvelle occasion de sanctionner, en cassant un arrêt de la Cour de Paris, non point les déductions qu'on vient de lire, mais l'idée mère qui les avait engendrées. Elle le fit en décidant, à l'encontre d'un *légataire du mobilier* de la femme, que l'action de cette femme était *réelle* et non pas un *simple droit de créance*, et que, par suite, elle était *mobilière ou immobilière, selon la nature des biens auxquels elle s'applique d'après l'ordre établi dans les articles* 1470, 1471 et 1472. (V. Dall., 1, 44.—V. Dev., 1, 374.)

Une conséquence directe de cette prémisse s'est produite sous une forme remarquablement didactique dans un arrêt de la Cour de Paris, du 31 mars dernier, qui en a inféré que le tiers subrogé à l'hypothèque légale de la femme ne pouvait, à la dissolution de la communauté, faire porter son droit hypothécaire sur les acquêts dont elle exerce le prélèvement à titre de reprise, puisqu'elle est censée *en avoir toujours été propriétaire*, et que nul ne saurait avoir hypothèque sur sa propre chose.

Telles sont, concentrées dans un foyer synoptique, les lumières que la jurisprudence a répandues sur l'objet de nos recherches. Il en résulte une prépondérance sensible en faveur de l'attribution à la femme d'un véritable droit réel, qui saisit avec effet rétroactif et déclaratif dans la masse indivise, une part équivalente à ses reprises.

La doctrine ne se résume pas dans une tendance aussi distincte. Elle se décompose, au contraire, en mille et mille aspects que nous n'entreprendrons pas de grouper ici dans un même cadre. Ce travail serait plus aride qu'utile. La discussion nous permettra d'y suppléer sans effort en faisant surnager tour à tour les idées qui appuieront ou combattront les nôtres. Entrons donc sans plus de retard en matière.

Il nous paraît utile de fixer tout d'abord la relation juridique qui existe entre la communauté dissoute et les époux ou leurs représentants. — Pour nous, comme pour plusieurs jurisconsultes modernes, la communauté est un *être moral*, dont l'ombre plane encore sur les intérêts qui lui survivent, à l'exemple de l'hérédité *quæ sustinet personam defuncti*, dit un énergique adage. Il nous paraît indispensable de recourir à cette fiction, pour expliquer sans embarras le mécanisme de la société conjugale et le jeu quelquefois compliqué de sa liquidation. Comme l'a remarqué très-justement M. Dalloz (nº 546), ceux mêmes qui la répudient ne le font qu'en apparence et sont obligés, en dépit d'eux, de l'admettre sous des formes laborieusement différentes. C'est une bonne métaphysique, il nous semble, que celle qui rend si bien raison de la réalité pratique (V. M. Troplong, nº 316 et suiv., et 1614). Or donc, cette prémisse établie ou plutôt présupposée, nous nous plaçons dans l'hypothèse d'une dette de la communauté envers la femme à titre de reprises. Comment cette dette sera-t-elle payée sur la masse indivise ? En nous adressant cette question, faisons d'abord abstraction de l'article 1471. La femme se trouvera alors dans une position toute semblable à celle de l'héritier créancier du *de cujus ;* comparaison d'autant plus admissible, que l'être moral communauté peut être regardé, par une suite naturelle de la fiction, comme ayant pour *successeurs* les deux époux ou ceux qui les représentent. Les choses étant ainsi, la femme, il faut le reconnaître, ne pourrait prétendre à aucun prélèvement pour sa créance. Ce droit manque, en effet, à l'héritier lui-même qui devient purement et simplement créancier de chacun des autres héritiers pour sa part virile. Sans doute, il est naturel et il arrive souvent qu'il prélève ce qui lui est dû sur la masse héréditaire. Mais cela ne s'opère que grâce à l'assentiment des consorts. La prélibation n'est exigible qu'à l'égard de ce qui a été avancé pour le compte de la *succession* par un des ayants droit (V. Chabot sur l'article 831, C. N. — Duranton, t. VII, nº 159; — Vazeille, sur les art. 831 et 870, nº 4). Aussi, l'administration de l'enregistrement voit-elle dans la détraction en immeubles avant partage, du montant de la créance de l'un des héritiers *une dation en paiement passible du droit de vente, déduction faite de la portion du créancier cessionnaire* (V. Masson-Delongpré, C. annoté, nº 2378). — Nos anciens jurisconsultes n'envisageaient pas autrement la situation de la femme créancière de reprises, quand ils faisaient de ces reprises une dette ordinaire de la succession du mari (V. *supra*). Toutefois, il semblait être dans la nature des choses, que la communauté fût d'abord tenue de reverser aux mains de la femme les valeurs dont elle s'était enrichie à ses dépens. De là cette idée d'*assignat démonstratif* que nous avons signalée, et cette lutte entre deux tendances que nous avons vue se prolonger jusqu'à l'ère révolutionnaire. Au temps de Pothier, la seconde était déjà très-puissante : celle qui aboutissait à donner un *droit plus fort dans la communauté* à l'époux créancier, en imprimant à la créance le caractère de *charge réelle* de cette communauté, suivant l'expression de Brodeau. Le prudent et modeste Pothier se déclare avec une sorte de timidité pour la vieille doctrine, et conclut par suite que l'héritier des propres du conjoint prédécédé devait contribuer avec l'héritier des meubles et acquêts au fournissement des reprises du survivant. Nous rappelons cette conclusion pour qu'il soit de nouveau bien entendu que l'intérêt de la controverse se résolvait alors en une répartition de passif entre les divers ordres de successeurs qu'avaient créés les coutumes. Cet intérêt avait disparu au moment de la codification, puisque le législateur ne voulait plus que l'on *considérât la nature des biens pour en régler la succession* (art. 732, C. N.). Néanmoins la loi nouvelle n'en sanctionna pas moins (art. 1470 et 1471) comme dernière expression de la raison du droit et de l'expérience des âges, le prélèvement *ipso jure* des reprises de chaque époux sur l'actif de la société matrimoniale dont le terme est arrivé. On fut frappé du lien étroit qui unit le passif à cet actif ; on sentit que le premier devait tout naturellement s'imputer sur le second et le *diminuer*, comme disait Coquille, *par sa constitution ou destination spéciale*, et l'on put d'autant plus facilement céder à cette inspiration, que le droit présentait beaucoup d'exemples d'affectations spéciales de cette espèce. L'article 610 du C. N., en est un saillant dans notre droit actuel. La doctrine et la jurisprudence y ont introduit d'autres conséquences du même principe, notamment en décidant que le legs d'une somme d'argent est à la charge du donataire des deniers comptants (V. Duranton, t. IX, nº 219). Mais pour citer une analogie plus prochaine et plus saisissante, n'est-il pas passé à l'état de dogme juridique que le patrimoine d'une société est primitivement affecté au paiement des dettes sociales qui n'en sont à vrai dire que la *moins-value?* Et pour revenir au sujet même de notre étude, n'attribue-t-on pas un droit de préférence aux créanciers de la communauté sur les conquêts, respectivement aux créanciers *personnels* des époux, malgré l'antériorité de leurs titres au mariage, et la disposition de l'article 1409. 1° qui met (sauf récompense s'il y a lieu), à la charge de la communauté, toutes les *dettes mobilières dont les époux étaient grevés* au temps du mariage? (V. MM. Troplong, n° 1765; — Dalloz, n° 2511.)

Déjà donc nous nous sommes rendu aisément raison des motifs qui ont donné naissance aux articles 1470 et 1471. Mais ce n'est *pas à dire* que nous considérions la question comme tranchée. Tout au plus l'avons-nous préjugée. Car il reste encore à se demander comment se réalise l'affectation pignorative des biens de communauté aux reprises de chacun des époux. Y a-t-il élargissement de la *copropriété* en faveur du créancier? Y a-t-il simple *dation en paiement?* C'est ici qu'un nouveau regard doit se porter en arrière vers les antécédents de doctrine que nous avons recueillis. On ne peut nier que le point de vue de la dation en paiement n'y soit prédominant. Cette locution technique s'y rencontre pour ainsi dire à chaque pas, et c'est seulement pour mieux caractériser l'opération, que l'on montre la femme reprenant ses indemnités *comme par droit de propriété, avec délibation et distraction*. La qualité de propriétaire n'intervient qu'à titre de comparaison, et nullement comme base de définition précise. Cela est si vrai, que l'on accorde généralement à la femme le droit d'exiger des *deniers* pour sa *créance*, laquelle est traitée comme purement mobilière. Il n'est pas moins vrai, d'une autre part, que cette théorie semblait s'effacer, au temps de Pothier, pour faire place à la notion d'un *droit plus fort* dans la communauté et d'une attribution avec *effet déclaratif et rétroactif*. Mais est-ce à dire que la notion de créance à éteindre par dation en paiement, ait été, d'une manière absolue, répudiée? Que voulait-on alors? Quel but poursuivait-on? Était-ce la transformation radicale des créances de reprise en une part indivise de propriété foncière? Nullement : nous l'avons déjà plusieurs fois remarqué. On avait pour unique fin d'échapper à l'étrangeté d'une situation qui faisait que, suivant les expressions de Pothier lui-même, *les héritiers aux propres de l'un des époux*, *quoiqu'ils ne succédassent à rien des biens de la communauté*, *devaient porter leur part des dettes de cette communauté* contributoirement avec les héritiers des meubles et acquêts qui avaient tout le profit. Or, qu'y avait-il de mieux à imaginer, pour empêcher cette anomalie, que de regarder, à l'aide de la fiction déclarative, *la succession du prédécédé comme n'ayant jamais été débitrice des reprises du survivant*, *mais plutôt comme n'ayant jamais été propriétaire d'autres choses dans les biens de la communauté que de celles qui lui sont échues après les prélèvements faits au profit du survivant?* Et ce remède était décisif. Il ne laissait plus de ressource aux partisans de la distribution des dettes de reprises entre tous les héritiers. Mais y avait-il nécessité d'aller aussi loin pour leur fermer la bouche? Ne suffisait-il pas d'*assigner* le paiement sur l'actif de la communauté, considérée comme une société qui est censée vivre encore pour se *liquider ?* Et surtout faut-il admettre fatalement que les créateurs de notre Code, qui n'avaient plus les mêmes raisons de sacrifier sans mesure à la fiction, aient entendu cependant se placer à l'antipode de la vérité, c'est-à-dire du droit de créance, et investir rétroactivement l'époux créancier d'une qualité de propriétaire, qui effacerait la première envers et contre tous et sans qu'il y ait jamais songé lui-même? C'est ici que nous touchons au vif de la question.

Si nous étudions d'abord le texte de l'article 1471, nous y remarquons qu'il ne s'agit pas d'un droit *dans* l'actif de la communauté, mais d'un droit *sur* tels et tels objets présentés comme gage de la créance (Rapp. art. 1472 et 2092). Parmi ces objets figure en première ligne l'*argent comptant*, c'est-à-dire le moyen de *paiement* ordinaire. Telle est donc l'idée culminante qui se projette sur les dévolutions subséquentes et subsidiaires. Mais nous avons hâte d'abandonner la lettre pour l'esprit de la loi.

Il y a, ce nous semble, une épreuve *à posteriori*, qui peut servir de pierre de touche infaillible pour la détermination du droit de l'époux contre la communauté. Pourra-t-il exiger un paiement en *numéraire ?* Pourra-t-on, en sens contraire, le lui imposer ? Tout est dans ces deux questions. — M. Troplong (nos 392 à 396 et 1628 à 1630) n'hésite pas à penser, d'accord avec plusieurs jurisconsultes de l'ancienne école (V. *supra*), que l'une et l'autre doivent être affirmativement résolues. D'autres commentateurs, notamment M. Coin-Delisle dans une consultation des plus remarquables (V. Dall., 1846, 2, 97), et la Cour de cassation (V. l'arrêt du 26 mars 1849) estiment, au contraire, que le droit de reprise est impérativement réglé dans son exercice par l'article 1471, soit pour soit contre celui des époux qui en est investi, et que la propriété des objets qui doivent, suivant l'état de la communauté, tomber sous son prélèvement, se fixe rétroactivement sur sa tête, soit au moment où s'est rompue la société conjugale, soit même au temps des acquisitions diverses de ces objets durant l'existence de la société. La vérité nous paraît se trouver entre ces deux extrêmes, et toutefois beaucoup plus près de la première opinion que de la seconde. — Comment admettre que le conjoint dont le propre a, par exemple, été vendu 20,000 francs, et qui est ainsi créancier du *prix* retiré de sa chose, ne se tienne pas pour satisfait de la restitution de cette somme ? Chose étrange ! Il devrait s'en contenter si elle se trouvait en espèces dans la *caisse* de la communauté, et parce qu'elle n'y est pas, il faudra, de toute nécessité, qu'on lui livre des meubles ou des conquêts !... C'en est assez, suivant nous, pour la condamnation du principe qui engendrerait un semblable résultat. Se pourrait-il que la loi l'eût inflexiblement sanctionné ? Depuis quand l'application du droit civil est-elle un jeu de hasard ? Pour colorer un tel système, il a fallu prendre au pied de la lettre et transporter dans notre Code l'opinion qui naissait à la fin de la vie de Pothier ; faire ainsi violence au texte et surtout à l'esprit de la loi nouvelle, tirer laborieusement du contrat matrimonial, à l'aide des articles 711, 1107, 1181, 1135 combinés avec ceux qui nous occupent, une dévolution anticipée et éventuelle à chaque époux, des corps certains qui existeront au terme de la communauté ; faire mourir l'*être moral* à l'instant même où la communion s'ouvre pour amener la liquidation ; métamorphoser au même instant la créance de reprise en une propriété virtuelle dont la matière est encore inconnue, et l'action en recouvrement ou indemnité en une action *divisoire* immobilière ; enfin se réfugier dans un subsidiaire dont nous parlerons bientôt. — Notre réponse à cette argumentation est facile à pressentir. — Pourquoi, dirons-nous d'abord, demander au titre des *Obligations* ou des droits *in personam et ad rem*, la consécration d'un *jus in re?* Le siége de la question ne peut être que dans les articles 883, 1476, 1470 et 1471. Sans doute, les articles 711 et 1138 font sortir de l'*obligation de livrer la chose due* la transmission immatérielle de la propriété : mais quel besoin ici d'invoquer cette règle *générale*, si l'investiture résulte *topiquement* des articles 1470 et 1471 ? D'ailleurs, si on la rattache aux articles 711 et 1181, les articles 883 et 1476 ne gouvernent plus la situation ; ces biens sont dévolus par l'effet de la condition suspensive ; la fiction successorale est inutile ; que devient alors le passage emprunté à Pothier ? Enfin l'obligation implicite contractée au temps du mariage d'exécuter les articles 1470 et 1471 n'ajoute rien apparemment à la force intrinsèque de ces articles ; la solution du problème est donc encore à chercher. — M. Coin-Delisle est-il plus heureux, quand pour supprimer la créance il supprime le débiteur, c'est-à-dire l'être moral communauté, ainsi que l'a fait plus tard l'arrêt précité du 28 mars 1849 ? L'éminent jurisconsulte admet l'existence de cet être moral durant la société conjugale. Il *comprend* que, pendant cette période, on constitue les *époux créanciers ou débiteurs*, parce que le *compte dure pendant toute l'existence de la communauté*. Mais il veut que la créance et le compte expirent avec la communauté, au moment même où il s'agit de faire le second, c'est-à-dire de *liquider*. Ce compte sera dressé plus tard, il est vrai ; mais ce n'est là qu'une nécessité *matérielle* qui ne change rien à la vérité juridique. Ce compte sera censé fait à l'instant même où finit l'*administration du mari*. — Nous souscrivons à cette fiction. Mais comment séparer l'idée d'un compte de celle d'une créance et d'une dette ou d'un acquit réciproque ? Les comptes font-ils donc des *propriétaires ?* Et si c'est une créance qui a jailli du compte *au dernier soupir* de l'époux prédécédé, a-t-elle pu s'abîmer, quant au passé, dans le droit de propriété qui l'a éteinte et remplacée ? L'effet a-t-il dévoré la cause ? Ce n'est pas tout. — Rien ne nous paraît plus inexact que de nier la survivance de l'être moral communauté *durant la liquidation*. Outre que cette survivance est dans la constitution des sociétés (V. M. Troplong, nº 1658), ne se manifeste-t-elle pas avec clarté dans le contraste des articles 1473 et 1479 ? Il y a donc encore, après la dissolution de communauté, des rapports de créancier et de débiteur entre elle et les époux... C'est une fiction des plus fugitives, sans doute ; mais c'est une fiction qui vient en aide à la vérité, tandis que celle qui nous est opposée la détruit. — Ajoutons quelques mots encore sur le subsidiaire que nous avons annoncé. — M. Coin-Delisle, concédant à titre d'hypothèse qu'il y ait *paiement* dans l'attribution réglée par l'article 1471, n'en soutient pas moins le caractère *immobilier* de l'action primitive. Son raisonnement consiste à trouver dans la dette de reprise une obligation *alternative* équivalente à celle-ci : « Je prête une somme à quelqu'un à la charge de me « la rendre au jour de sa mort, en argent s'il laisse des deniers « comptants ; et, au cas contraire, je stipule de lui que je serai « propriétaire de *tel* immeuble qui lui appartient. » S'il n'y a pas de deniers en caisse à la mort de l'obligé, dit M. Coin-Delisle, « l'action en délivrance de l'immeuble, sa prise de possession « sera certainement *immobilière*. » (V. Pothier, *Comm.* n° 74.) Nous récusons l'assimilation, — 1° parce que la stipulation supposée est d'une validité pour le moins douteuse (V. l'art. 2088); 2° parce que, fût-elle valide, il n'y aurait pas obligation *alternative*, mais subrogation forcée d'un paiement à un autre, qui dans le principe était seul *in obligatione*, tandis que l'obligation alternative comprend deux ou plusieurs choses qui sont *également dues*, au *choix* du débiteur ou du créancier (V. Pothier, *Traité des obligations*, n^{os} 244 et suiv.) ; 3° parce qu'il n'y a pas, dans l'espèce de l'article 1471, *détermination* préfixe de l'immeuble qui sera dû. — Concluons donc que le conjoint, créancier de reprises, ne devient pas, *ab initio*, propriétaire des conquêts affectés à ses prélèvements, qu'il demeure créancier jusqu'à l'attribution effectuée, et qu'il est loisible à l'autre époux ou à ses successeurs de le désintéresser en argent. Mais est-ce à dire que si on ne lui en offre pas, il puisse en exiger et faire vendre à cet effet les meubles et immeubles de la communauté pour se payer ? On a déjà vu dans notre exposé préliminaire, que telle était la doctrine des anciens jurisconsultes. M. Troplong ne pense pas que la loi nouvelle y fasse obstacle. Il s'y rallie donc et l'appuie sur des raisons d'équité et de convenance dont nous reconnaissons la valeur : « Comment s'imaginer, dit-il (n° 395), qu'une femme dont le « propre aura été vendu sera forcée de se contenter, s'il n'y a « pas de numéraire, des meubles de la communauté, tels que « vaisselle, tableaux, linge, fauteuils, chevaux, voiture ? Et, d'une « autre part (n° 1620), supposez que la communauté ne possède « plus qu'une propriété de luxe qui exige plus de dépenses « qu'elle ne procure de revenus ; serait-ce faire à la femme un « paiement satisfactoire et équitable que de la forcer à prendre « à la place de ses reprises l'objet onéreux ? Nullement. » Nonobstant ces raisons, adoptées par M. Dalloz (nº 2411), nous pensons qu'il y a dans les articles 1470 et 1471, une sorte d'abonnement obligatoire pour l'époux créancier à défaut de l'argent qui lui est dû. C'est sur la *masse des biens* qu'est assignée par voie de prélèvement son action; il doit subir les inconvénients éventuels de cette assignation qui les rachète, au point de vue législatif, par l'avantage d'un règlement prompt et direct. Néanmoins, il est des circonstances où la réalisation du gage en argent sera chose inévitable; toutes les fois, par exemple, que l'immeuble à prélever excédera sensiblement le *quantum* des reprises en valeur estimative, et que l'époux créancier ne pourra pas ou ne voudra pas solder la différence. Il y aura alors nécessité d'en venir à la vente du bien, à moins que l'on ne confonde dans un lot d'attribution formé de ce bien, et la part à prélever et la part de l'actif net. Cette nécessité serait, du reste, un argument de plus contre la dévolution *à priori* d'un droit immobilier, qui s'imposerait à tous les intéressés comme une loi du destin (V. à ce sujet l'arrêt précité de la Cour de Nancy, du 16 février 1852). — En résumé, les reprises (autres que celles d'objets identiquement conservés en nature) s'opèrent sous la forme d'une prélibation graduelle (de l'argent aux conquêts). — Le conjoint qui les exerce ne peut exiger un autre mode de restitution, parce que celui-ci lui est imposé par une loi restrictive; mais l'argent que ne renfermerait pas la caisse de la communauté, est toujours *in facultate solutionis* comme véritable objet de la reprise. Donc, conclurons-nous *à posteriori*, le droit mis en mouvement n'a pas cessé d'être une *créance*.

Après cette démonstration en quelque sorte *expérimentale*, nous devons entrer plus profondément dans la question, et donner la formule définitive de notre système.—La difficulté qui a fait naître tant de débats gît dans la conciliation de la *personnalité* du droit de créance avec la *réalité* du prélèvement qui implique une affectation pignorative. S'il y a simple dation en paiement, peut-on nous dire, c'est donc une translation de propriété qui s'opère pour moitié de l'un des communistes à l'autre. Comment dès lors le bien pourra-t-il arriver dans ses mains exempt de toute charge réelle créée durant l'indivision? comment aussi la mutation serait-elle affranchie d'un *droit proportionnel* envers le fisc? — Si, au contraire, la fiction de l'article 883 intervient pour trancher le nœud, l'époux qui prélève n'est-il pas censé avoir toujours été propriétaire à titre exclusif des biens dont il est saisi, soit à dater de la *cause* de son droit (V. Dalloz, n° 2398), soit depuis l'*acquisition* des conquêts prélevés, soit au moins à partir de la *dissolution* de la communauté; trois points de départ dont chacun a ses partisans ?... Nous croyons qu'il faut et que l'on peut faire exactement la part de ces deux éléments, l'un *personnel* l'autre *réel*, en subordonnant le second au premier. — Et d'abord, osera-t-on nier sérieusement que l'époux qui a réalisé des valeurs versées dans la communauté, ou dont on a vendu le bien propre, ne soit à l'origine un *créancier ?* Le bon sens le proclame avant la loi qui, d'ailleurs, le manifeste assez dans les articles 1433, 1436 et 1472. Mais cette créance n'aurait-elle qu'une existence aléatoire qui s'évanouirait *rétroactivement* devant une liquidation de communauté accomplie peut-être cinquante ans plus tard ? Quoi ! les reprises à exercer dans un si lointain avenir seraient donc *immobilisées* dès le principe, en telle sorte que si, par exemple, l'époux était *mineur*, il n'aurait pu valablement en disposer ?... Et que serait-ce donc, si les conquêts soumis au prélèvement n'étaient entrés dans l'actif de la société conjugale qu'après la *naissance* du titre en vertu duquel on prélève ? Dans cet intervalle n'y aurait-il pas eu forcément créance ? — Que s'il y a eu, au contraire, antériorité de l'acquisition à la naissance du titre, comment la rétroactivité pourrait-elle exister jusqu'à l'acquisition, c'est-à-dire à une époque où *rien n'était dû ?...* S'arrêtera-t-on au moment où le droit de reprise a surgi ? Mais on ne sera plus ni dans les termes ni dans l'esprit des articles 883 et 1476, qui ne reportent l'effet déclaratif qu'à l'instant où l'état de *communion* s'est produit. Or, d'une part, rien n'autorise à identifier cet instant avec celui où la reprise est née d'un fait quelconque, et nous avons vu plus haut que la force même des choses y met souvent obstacle ; d'une autre part, pendant la durée du mariage, il y a communauté, mais non *communion.* Le droit de la femme n'est pas encore *in actu sed in credito et in habitu*, dit Dumoulin. L'indivision génératrice du partage ne se formera qu'à la dissolution de la communauté : jusque-là tout est en question. Le mari peut souverainement aliéner les conquêts. Les reprises qui n'existent encore qu'en germe peuvent être annihilées par des compensations passives ou des remplois réguliers. Il n'y a de toutes parts que des expectatives qui trouveront leur dernier mot dans l'état de choses que la rupture de la communauté aura rendu définitif.

C'est donc à cette époque suprême qu'il faut se placer pour la détermination des droits respectifs. Que se passe-t-il alors? L'être moral cesse de vivre, si ce n'est, comme nous l'avons dit, pour les besoins de la liquidation. Le droit de la femme sort de l'*habitus* pour entrer dans l'*actus*. En d'autres termes, il n'y a plus entre les époux qu'une masse indivise dont chacun est copropriétaire. Un partage aura lieu, et les effets de ce partage rétrograderont naturellement, comme nous l'avons déjà précisé, jusqu'à l'heure où les conjoints sont devenus, en quelque sorte, héritiers de l'être moral défunt. On n'en pourra douter, si l'on tient, en premier lieu, pour certain avec plusieurs jurisconsultes éminents (MM. Duvergier, Championnière et Delangle) et avec la Cour de cassation (arrêt du 10 mai 1831, S. 31, 202) que l'assimilation établie par l'article 872 entre les *partages de succession* et les *partages entre associés* fait rétroagir seulement au jour de la *dissolution* de la société le droit de chaque associé sur les immeubles tombés dans son lot; ce qui est pour nous une vérité juridique indubitable, malgré les autorités si imposantes de Pothier et de M. le premier président Troplong. — Il nous suffit, au reste, pour notre sujet, d'avoir démontré tout à l'heure qu'une rétroactivité plus reculée est particulièrement inadmissible en matière de société matrimoniale. C'est donc uniquement au temps où la communauté finit que nous avons à mettre en harmonie la *personnalité* et la *réalité* du titre de l'époux ayant droit. Mais s'il y a eu créance jusqu'à cette époque extrême, pourra-t-elle s'engloutir rétroactivement dans l'indivision qui s'est formée et dans l'exécution du partage? Qui empêchera que ce partage ne soit considéré comme un mode de paiement par imputation? Pourquoi ne verrait-on pas dans la femme (s'il s'agit d'elle), avec l'arrêt de la Cour de Paris, du 31 décembre 1852, « une créancière privilégiée qui s'approprie, *ipso jure* et par distraction, la chose qui était son gage? » — C'est ici qu'il importe de bien distinguer la position de cette femme succédant fictivement à l'être moral communauté, de celle d'un héritier ordinaire. Celui-ci ne procède qu'en vertu de cette qualité d'héritier qu'il tient de la loi ou de la volonté de l'homme. Il n'est revêtu d'aucun droit *préexistant* à l'ouverture de l'indivision. Au moment où elle s'ouvre, il devient *copropriétaire* de l'hérédité... Le partage fixera sa part, et il sera censé, en vertu de l'article 883, n'avoir jamais été propriétaire que de cette part à dater du décès du *de cujus*. Aussi comprend-on, sans l'approuver, l'extension abusive donnée par la jurisprudence à la maxime *fructus augent hæreditatem;* car la dette de fruits à restituer prend naissance durant l'indivision et semble devoir tomber dans la masse héréditaire pour en influencer la répartition. Mais dans l'espèce en discussion, il en est autrement. — Nous sommes en présence d'un droit *antérieur* à la mort de l'être moral, droit auquel il doit être satisfait soit en argent, soit en immeubles, mais droit dont la nature intime et primordiale ne peut être changée par le mode de satisfaction qu'auraient imposé des circonstances essentiellement contingentes. Il sera toujours vrai que l'on paye une créance. Mais un partage peut-il être une modalité de paiement? Pourquoi n'en serait-il pas une, si la loi l'a voulu? Or ne l'a-t-elle pas voulu quand elle a constitué dans l'article 1471 une affectation pignorative graduelle avec prélèvement sur la *masse des biens?* Y a-t-il là autre chose qu'un véritable *préciput légal?* La femme recevra en paiement une ou plusieurs choses d'abord indivises entre elles et son mari. Ce sera un acte préliminaire au partage proprement dit, dont s'occupe l'article 1474. Mais cet acte s'y rattachera étroitement comme un accessoire, par cela seul qu'il aura pour effet d'éteindre l'indivision des choses prélevées. La fiction déclarative l'embrassera donc dans sa portée générale. Mais tous ces faits juridiques s'accompliront dans une région subordonnée au-dessus de laquelle n'aura pas cessé de planer la créance. Le partage sera un *moyen;* il ne sera pas son *but* à lui-même comme en matière de succession. Ainsi que l'a très-bien dit M. Berthauld, professeur suppléant à la Faculté de Caen, dans une lumineuse brochure sur l'*hypothèque légale des femmes mariées,* « si la dette explique le prélèvement, le prélèvement en éteignant « la dette, n'empêche pas que cette dette ait existé » (page 107). Nous n'irons donc pas, avec la Cour de Nancy (dont l'arrêt déjà cité du 16 février 1852 est d'ailleurs un véritable chef-d'œuvre), jusqu'à faire des prélèvements quelque chose d'absolument étranger au partage de la communauté ; nous conclurons seulement qu'il y avait dette d'un *prix* ou d'une *indemnité* d'après les articles 1433, 1436, 1470 et 1472 ; que le droit était par conséquent *mobilier* dans son essence, et que, suivant la doctrine de tous les temps, cette essence n'a pu être transformée par la nature éventuelle des objets donnés en paiement, malgré l'état d'indivision de ces mêmes objets entre la partie prenante et l'autre conjoint ou ses héritiers.

Si nous ne nous abusons, cette théorie, outre qu'elle n'a rien d'abstrus ni de subtil, a le mérite de résoudre sans effort les objections les plus embarrassantes qui aient été opposées aux partisans du système de la *dation en paiement* par ceux de la propriété primordiale. Parcourons-les brièvement.

Nous en rencontrons une première ainsi formulée dans l'arrêt de la Cour de Caen, du 19 janvier 1832 (V. Dalloz, n° 2381.) « Considérant que si les reprises ou indemnités dues aux époux « étaient prélevées par eux à titre de créance et non à titre de « propriété, il en résulterait que quand, par exemple, elles « auraient lieu au profit du mari par prélèvement sur les acquêts « immeubles, ce prélèvement resterait pour moitié grevé des « hypothèques des créanciers procédant du chef *personnel* de « la femme jusqu'à l'accomplissement des formalités de purge, « sans que l'on pût appliquer à ce cas la fiction de rétroactivité « admise par l'article 883. » Notre réponse est entendue d'avance. Les hypothèques dont il s'agit seront sans effet, puisque nous laissons à l'article 883 la plénitude de son action sous l'empire de la créance, c'est-à-dire le report en arrière de la propriété du mari jusqu'au moment où la communauté s'est dissoute.

Nous croyons échapper aussi à l'unique reproche dont l'arrêt de Nancy ait paru susceptible à l'un des éminents directeurs de cette Revue, M. Marcadé (octobre 1852, page 591) ; celui d'avoir oublié ou méconnu la révolution doctrinale qui s'était accomplie en matière de reprises vers la fin de la vie de Pothier, au témoignage même de ce grand jurisconsulte. Nous reconnaissons cette transmutation de la simple créance en *droit plus fort* dans la communauté ; mais nous l'expliquons *positis ponendis* en la ramenant à sa véritable fin qui était d'exonérer l'héritier des propres d'une contribution injuste à la dette des reprises (V. *supra*) en les faisant d'abord peser comme une charge réelle sur l'actif de la communauté. Or, au temps de la codification, cet artifice équitable était sans objet. La prélibation ne se recommandait plus que comme un moyen naturel et simple de faire face à la créance de reprises. C'est à ce titre qu'elle a été consacrée. Plus de raisons pour faire évanouir fictivement la créance, c'est-à-dire la cause qui engendre le *droit plus fort*. Il n'y a donc plus entre la première et le second qu'un rapport de *succession*, par suite duquel le surcroît de propriété prend conditionnellement la place du *jus ad rem*, c'est-à-dire dans le cas où l'on ne solde pas en argent provenant soit de la caisse commune, soit de toute autre source.

Quant à l'argument déduit par M. Marcadé de ce que les auteurs du Code Napoléon auraient clairement manifesté leur pensée en assimilant le *prélèvement à la reprise des propres eux-mêmes* (art. 1470), nous en sommes fort peu touché, en premier lieu, parce qu'il ne faut voir là qu'un hasard de rédaction ; en second lieu, parce qu'on trouve la contre-partie de cet argument dans l'article 1472, qui caractérise de même la *reprise sur les biens de la communauté*, et la *reprise sur les biens personnels du mari*, laquelle n'a lieu incontestablement qu'à titre de *créance*.

Nous n'éprouverons pas plus d'embarras en présence de la difficulté tirée des lois fiscales qui soumettent la dation en paiement à un *droit proportionnel* de mutation. Fallût-il, du reste, subir ce droit comme conséquence de notre opinion, il est évident qu'elle en serait plutôt confirmée qu'ébranlée. Mais il doit déjà ressortir de l'exposé précédent que la *modalité* du paiement en question l'affranchit de la taxe relative aux transmissions ordinaires de propriété. Ces choses livrées *in solutum* sont, en effet, *indivises* avec le créancier. D'une autre part, un *assignat légal* les affecte à son droit par voie de délibation en nature. La tradition libératoire entre donc comme élément dans l'opération du partage, et, par suite, elle est couverte des immunités de cet acte. Déjà, sous l'ancien droit et bien avant, la doctrine *moderne* qu'a signalée Pothier, Ferrière ne l'entendait pas autrement quand il déclarait exempt du *droit de relief le délaissement fait à la veuve ou à ses héritiers en ligne directe d'un ou plusieurs conquêts de la communauté en paiement du remploi de ses propres.* Seulement il exagérait la décision en l'étendant même au cas de *renonciation* à la communauté. — Mais ne trouve-t-on pas dans notre Droit actuel des analogies plus ou moins directes avec le point qui nous occupe ? N'est-il pas notamment de jurisprudence fiscale que la réalisation des conventions autorisées par les articles 1514, 1515, 1520, 1522 et 1525 ne donne ouverture à aucune taxe proportionnelle ? (V. Masson-Delongpré, n^os^ 774 à 782, et 2522.) Le cas du préciput présente surtout une similitude frappante. La faveur, il est vrai, s'attache ici au caractère de *convention matrimoniale.* Mais ne pouvons-nous pas faire entrer dans le contrat de mariage, en vertu de l'article 1135, la *convention tacite* de régler par l'article 1471 les suites de la dissolution de communauté? Nos contradicteurs nous ont précisément donné cet exemple pour en abuser suivant nous. (V. la consultation de M. Coin-Delisle examinée *supra.*) Citons encore à titre d'analogie la solution contenue dans un arrêt de la Cour de cassation du 12 février 1840 (V. Masson-Delongpré, nº 891) qui a jugé que *la disposition d'un partage de communauté par laquelle on attribue aux héritiers de l'époux décédé des créances de cette communauté, à la charge d'en acquitter les dettes, ne donne pas ouverture au droit de cession établi sur les créances.* Les motifs sont dignes de remarque. Ils se résument en cette idée-mère que l'acte qui avait fait passer aux héritiers du mari la *totalité* de l'actif de la communauté, sous la charge du passif, n'en était pas moins un *véritable partage* et devait être traité comme tel par la régie de l'enregistrement dont le pourvoi fut rejeté quant à ce. Ne pouvons-nous pas revendiquer le bénéfice de cette appréciation, et regarder l'époux qui prélève, comme recevant, par l'effet du partage, des biens destinés à éteindre sa propre créance? Disons enfin que, suivant l'administration fiscale elle-même, l'affranchissement du droit proportionnel a lieu quand même l'attribution des biens communs pour les reprises *n'aurait pas été exercée dans l'ordre* fixé par l'article 1471, cet ordre étant *facultatif*, et les parties pouvant en adopter un *inverse.* (V. Masson-Delongpré, nº 2392.) Que devient dès lors l'investiture fatale *à priori* dont on veut placer le germe au sein même du *contrat de mariage?*

En définitive, il nous semble que nous avons mis en suffisante lumière la conciliation logique et juridique de la *personnalité* du droit de reprise (c'est-à-dire de son caractère de *créance*) et de la *réalité* de son exercice (c'est-à-dire du prélèvement opérant comme cessation d'indivision en vertu des articles 883 et 1476). Le prélèvement fait disparaître la créance pour l'avenir en la *payant.* Mais il ne la détruit pas *dans le passé,* si ce n'est jusqu'au point chronologique où rétrograde la fiction déclarative.

Venons maintenant à l'application la plus saillante de ce théorème de droit. Nous l'avons indiquée au début même de cet article. Il s'agit de fixer le sort des dispositions contractuelles ou testamentaires par lesquelles un époux aurait attribué soit à son conjoint, soit à toute autre personne *son mobilier* ou ses effets *mobiliers ou ses biens meubles* (art. 535). Ces reprises du disposant seront-elles toujours comprises dans la dévolution libérale quel que soit l'objet (*mobilier* ou *immobilier*) du prélèvement?

Notre réponse ne peut être qu'affirmative, comme celle de la jurisprudence qui s'inspire d'un principe opposé ne pouvait être que négative. Ce point est cependant de nature à exiger quelques éclaircissements spéciaux.

Si le don du mobilier a été fait par acte entre-vifs soit avec dessaisissement actuel, soit à titre d'institution contractuelle, soit même dans les conditions de révocabilité créées par l'article 1096 du Code Napoléon, nul doute que le donataire ne puisse s'attribuer les reprises, puisque, dans toutes ces hypothèses, il y a *saisine* plus ou moins complète de la *créance* de reprise au moment même de l'acte, dont la réalisation définitive au temps du décès remontera jusqu'à cette saisine. (V. M. Coin-Delisle, *Donat. et testam.*, art. 1096, nº 4.) Mais *quid juris* si la disposition a le caractère de legs? Comme alors la saisine s'opère seulement au décès du testateur, et que, d'une autre part, nous avons nous-même admis la rétroaction jusqu'à cette époque des effets du prélèvement, pourra-t-on dire que le légataire ait été saisi de quelque chose de *mobilier*, si des *immeubles* doivent servir au paiement des reprises? Ne faudra-t-il pas reconnaître, au contraire, que les droits du testateur avaient déjà contracté une nature *immobilière* quand ils se sont fixés sur la tête du légataire, ou tout au moins qu'il y a eu simultanéité de ces deux faits juridiques, ce qui est la même chose quant au résultat? M. Duranton a examiné, à propos de l'article 529, une question qui se rapproche sensiblement de la précédente : celle de savoir si le legs de son mobilier fait par un *associé* comprendra la part d'immeubles afférente à son intérêt ou son action que la loi déclare *meuble pendant* la durée de la société. Voici la solution de l'honorable professeur (t. IV, nº 125) :

« Si la société était du nombre de celles qui se dissolvent par la
« mort de l'associé, le legs de son mobilier ne comprendrait pas
« nécessairement son intérêt dans la société ; ce serait le partage
« qui en déterminerait la nature, et qui réglerait en conséquence le
« droit du légataire. En effet, le légataire n'est point saisi à une
« époque où le droit du testateur est encore d'une nature exclu-
« sivement mobilière ; il ne commence à être investi que du
« moment seulement où ce droit est déterminé par la dis-
« solution de la société. Le changement de nature du droit
« social et la dévolution du legs, s'opèrent au même moment ;
« de telle sorte qu'il n'est pas possible de dire que, même pen-
« dant un *instant de raison*, le légataire a eu dans son legs,

« comme chose purement mobilière, l'intérêt du testateur dans « la société. » Il semble tout d'abord que cette argumentation soit sans réplique, et elle a semblé telle à plus d'un jurisconsulte. Nous croyons pourtant qu'elle ne repose pas sur une exacte analyse. C'est ce qu'a très-bien démontré l'auteur d'une brochure ayant pour titre : *De la nature mobilière ou immobilière des reprises entre époux* (M. Vielle, avocat à Dôle). Après avoir groupé les autorités diverses qui établissent soit en droit romain, soit en droit français, la distinction de l'*instant qui précède la mort et de l'instant qui la suit*, l'écrivain ajoute :

« Le futur époux qui donne ce qu'il laissera à son décès, dis- « pose véritablement de tout ce qu'il laissera en mourant et non « *après* sa mort, ou de tout ce qu'il se trouvera posséder alors. « *Laisser,* en effet, est un verbe actif, et l'on sait que les verbes « de cette nature expriment une action faite par un sujet. C'est « le dernier acte de la vie ; il n'y a que les vivants qui possèdent « et qui laissent quelque chose..... » Rien de plus rationnel, à notre sens. Un testateur est censé donner au dernier instant de sa vie, c'est-à-dire *avant* sa mort, comme l'exprime si vivement la maxime : *le mort saisit le vif.* Or l'époux, en mourant, était encore *créancier* de ses reprises et non *propriétaire* d'immeubles. Donc son légataire a été lui-même *un instant de raison* créancier, et c'est à dater de la mort accomplie seulement qu'il est devenu propriétaire en vertu de l'article 883. — Il ne faut pas, du reste, assimiler entièrement la situation qui nous occupe à celle que régit l'article 529 : elles présentent cette différence tranchée que l'intéressé ou l'actionnaire, c'est-à-dire l'associé, n'a jamais été comme tel un *créancier* de la société, mais bien un *copropriétaire.* L'action, dit M. Delangle (*Sociétés*, t. II, n° 461) *représente le droit de l'associé dans la chose sociale.* — « Chaque action, dit « aussi M. Hennequin (*Traité de la législation*, t. I, p. 75), donne « un droit dans tout ce qui constitue l'avoir social mobilier ou « *immobilier*, etc. » Il est vrai que *pour faciliter la circulation des actions*, et aussi en considération soit de l'existence de l'*être moral,* soit de la nature mobilière des produits de l'entreprise (V. Locré, t. VIII, p. 36, 44, 56 et 66), le législateur a fictivement *mobilisé* l'intérêt de l'action *tant que dure la société;* mais chaque associé n'en est pas moins virtuellement copropriétaire même *pendant* cette durée. Son titre est suspendu dans ses effets, mais non détruit : il est seulement enveloppé dans la personne morale de la société. Aussi, M. Goupil-Préfeln disait-il dans son rapport au Tribunat : « Tant que dure la société, chacun des so- « ciétaires ou des intéressés n'est pas propriétaire de l'immeuble « dont il ne peut user, mais de sa portion dans la valeur de cet « immeuble. » Il est donc un propriétaire et non pas un créancier comme l'ont inexactement enseigné MM. Delvincourt (t. I, note 7, sur la p. 143) et Duranton (t. IV, n° 123). Les choses étant ainsi, on comprend sans peine que le legs de son mobilier, fait par un associé, n'embrasse pas le lot immobilier afférent à sa copropriété (même abstraction faite de ce que nous avons dit de la saisine testamentaire), tandis qu'il en est tout autrement à l'égard de l'époux testateur.

Toutefois il est encore une spécialité du sujet qui sollicite un examen particulier. — Voici l'espèce. — Une communauté est dissoute par la séparation de biens. Un des époux dispose en cet état soit par acte entre-vifs, soit par testament, de ses biens *mobiliers*, et meurt *avant* la liquidation. Quand elle est effectuée, il advient que des immeubles sont affectés à l'exécution de reprises qu'il avait à exercer. Ces immeubles tombent-ils ou non dans la disposition du mobilier ? M. Vielle (p. 12 de sa brochure) concède à regret la négative, parce que, suivant lui, la dissolution de la communauté transforme la créance ordinaire qui existait auparavant en *créance immobilière* dont l'objet sera déterminé par un règlement ultérieur ; opinion dont le rejet résulte évidemment de toutes les déductions précédentes. Le problème s'offre donc à nous sous un autre aspect. Il reste cependant une raison de douter qui procède de la rétroactivité du prélèvement au terme de l'association des intérêts matrimoniaux ; car il arrivera que le donataire ou légataire sera réputé avoir été *propriétaire* des conquêts prélevés, *avant* la constitution de son titre. Comment donc ne voir en lui, à un moment quelconque, qu'un simple *créancier ?* La diffculté nous paraît peu sérieuse au point de vue de notre théorie générale. Il suffit, en effet, de considérer quelle était la *qualité* du disposant quand il a donné ou légué, et par suite ce qu'il a transmis au bénéficiaire. D'après nos principes, il était toujours *créancier*. On pouvait lui rembourser ses reprises en numéraire, alors même que la communauté en aurait été dépourvue. Que cédait-il donc à titre gratuit ? l'éventualité d'un *paiement* soit en argent, soit en mobilier, soit en immeubles. La troisième éventualité s'est réalisée sur la tête de son successeur par la voie d'un prélèvement opérant comme partage. Ce n'est toujours là qu'un fait contingent et secondaire qui ne peut anéantir le droit générateur et dominant. En dernière analyse, il n'y a pas autre chose qu'une *dation en paiement*. La rétroactivité se produit comme conséquence forcée du mode de cette dation. Elle se serait produite également au profit de l'époux s'il avait figuré lui-même dans la liquidation, sans annihiler son titre primitif. La condition de son ayant droit ne peut être différente sous ces deux rapports. Il est censé avoir été créancier dans le passé par le ministère de son auteur. Tenons donc pour certain que la dévolution *antérieure* à la liquidation et au partage de la communauté, transmet les reprises à l'état de *meubles* quelle que puisse être leur réalisation future. Que si, au contraire, le donateur ou testateur était déjà devenu actuellement propriétaire des conquêts *prélevés*, il est manifeste que la qualité de créancier se serait évanouie par l'effet du paiement, et que le droit ainsi solidifié dans des immeubles ne pourrait plus faire partie d'une disposition mobilière ultérieure.

Nous terminerons par quelques considérations propres à faire sentir combien il est désirable que la jurisprudence abandonne la voie dans laquelle elle est entrée. Quels jeux étranges du hasard, et quelles combinaisons astucieuses ne peut-elle pas enfanter! Ne voit-on pas que le sort des dons ou legs mobiliers sera livré à la merci des actes d'administration du mari? Eh quoi! suivant qu'il lui aura plu de réduire à l'état mobilier l'actif de la communauté ou de former des conquêts, il rendra plus ou moins profitable la qualité de donataire ou de légataire soit pour lui-même, s'il en est revêtu, soit pour tout autre gratifié!... Il dépendra pareillement de lui de rendre insignifiante une donation actuelle et irrévocable de ses biens mobiliers! Dans toutes ces hypothèses, le bénéficiaire aura quelque chose si du mobilier se rencontre plus ou moins abondant dans la masse commune ; il n'aura rien ou presque rien, si la quasi-totalité de cette masse consiste en immeubles! C'est la matérialité du gage qui fixera fatalement la destinée du droit de reprise! Quelque chose d'analogue se produira suivant que les rapports indiqués par les articles 1468 et 1469 s'accompliront soit en numéraire, soit en moins prenant. Toujours et partout une variabilité fortuite ou calculée mise à la place de la permanence d'un droit qui, *mobilier* dans son essence originelle, a été considéré comme tel par le disposant, et devait, quoiqu'il advînt de son exercice, garder inviolablement sa destination première..... S'il faut juger l'arbre à ses fruits, de telles conséquences possibles et même fréquemment réalisables, sont la plus satisfaisante critique de l'opinion régnante. Au point de vue législatif et philosophique, elle ne supporte pas l'examen. La nature des choses et l'équité la répudient. Il ne faudrait la subir avec regret que si la loi l'imposait irrécusablement. Or jamais question mit-elle aux prises plus d'autorités et d'argumentations contraires? Quand donc il n'y aurait que doute, la subtilité du droit strict ne devrait-elle pas céder à l'empire de la raison naturelle et du juste?

Au reste, les conséquences que nous venons de faire apparaître, ne sont pas, à beaucoup près, les seules qui accusent le système fondé sur l'immobilisation des reprises *ex post facto*. Déjà on en a vu poindre plusieurs autres dans notre rapide esquisse sur la jurisprudence. Elles se manifesteront avec tout leur éclat et tout leur danger quand nous étudierons le conflit des droits de la femme acceptante ou renonçante, avec ceux des créanciers de la communauté.

(*La suite à une prochaine livraison.*) ANCELOT.

MATIÈRES COMMERCIALES. — PREUVES. — LIVRES AUXILIAIRES,

Par M. C. Le Gentil, avocat et juge suppléant près le tribunal civil d'Arras, membre correspondant de l'Académie de législation de Toulouse.

I

En l'absence de présomptions réunissant le triple caractère de gravité, précision et concordance voulu par l'article 1353 du Code Napoléon, en l'absence même de toute espèce de présomptions, il n'est pas rare de voir les tribunaux consulaires se fonder uniquement sur les énonciations d'un ou plusieurs livres auxiliaires, pour admettre comme prouvées des opérations positivement déniées.

C'est là une de ces erreurs capitales et surtout un de ces abus graves qu'il importe de signaler, d'autant plus qu'aucun auteur jusqu'à présent n'est venu nettement les combattre, ni même les dénoncer.

II

Justitia est constans et perpetua voluntas jus suum cuique tribuendi, disait Ulpien ; le génie du droit, a dit plus récemment M. Guizot, c'est l'équité.

Ces deux définitions qui se confondent, et n'en font qu'une, sont rigoureusement vraies ; c'est pour cela que ce qu'enseignait il y a deux mille ans l'un des plus grands jurisconsultes des temps antiques, est ce qu'enseigne encore aujourd'hui l'un des plus grands philosophes des temps modernes ; c'est pour cela qu'il y a alliance intime entre la morale et le droit qui en émane directement.

Si l'équité, en effet, est la plus haute expression du droit, si le droit n'est que la codification des règles de l'équité pour la mettre au grand jour et empêcher le juge de se lancer dans l'arbitraire ou de se laisser séduire par le décevant mirage d'une équité vaine et mensongère, il faudra pour remonter à leur source aller les puiser dans la morale, dans la philosophie, et reconnaître que les grands principes ont été moraux avant de devenir juridiques.

Aussi, comme il ne saurait exister deux morales et deux équités, il ne saurait y avoir deux droits différents : l'un pour la justice civile, l'autre pour la justice consulaire ; de même que la vérité, une, les principes sont uns ; et si parfois, à tort ou à raison, il est permis de les plier à ce que l'on appelle l'exigence du besoin, jamais ce besoin ne peut aller jusqu'à les anéantir. Un besoin qui demanderait la ruine des principes serait conspué par le droit, par la raison qu'un tel besoin ne constituerait qu'une immense iniquité.

Chaque fois donc qu'il s'agira, non d'une règle de forme et de procédure, mais d'un principe fondamental de droit et d'équité, ce principe devra, *au fond* et en *fin de cause*, être appliqué *quand même* en toutes matières et par-devant toutes les juridictions.

III.

Ceci posé, il est incontestablement de principe en morale et en équité que personne ne se peut juger soi-même, et que la solution des litiges ne saurait dépendre de la volonté de l'une des parties litigantes.

Il est incontestablement de principe encore que, tous égaux devant la loi, les hommes doivent être égaux dans leurs rapports juridiques, dans leur position devant la justice.

De là les règles juridiques, 1° que nul ne peut se créer un titre à soi-même, attendu que le permettre serait tenter l'homme en le mettant entre l'intérêt et le devoir, ce qu'il faut toujours éviter; ce serait constituer une partie juge de son procès, ou du moins faire dépendre l'événement du procès de la volonté de cette partie, si elle est la seule qui soit en position de se créer un titre; ou rendre la solution du litige inextricable, si les deux plaideurs, pouvant se délivrer des titres à eux-mêmes, s'en font de contradictoires, ainsi que cela doit nécessairement arriver; 2° qu'en conséquence, pour être apte à invoquer un titre, il faut le tenir de celui contre lequel on s'en prévaut, ou de ceux qu'il représente, ou de ceux par qui il est représenté; 3° que dans les stipulations réciproques, les contractants doivent avoir parité d'obligations, parité de droits, sans que l'un de ces contractants se trouve à la merci de l'autre, sans que l'un puisse, à sa fantaisie, forcer l'autre à s'exécuter en rapportant la preuve de l'obligation, s'il lui plaît de s'exécuter lui-même, ou s'exonérer de cette même obligation en supprimant la preuve de l'obligation de la partie adverse.

De ces règles juridiques découlent les articles 1325, 1329, 1331, du Code Napoléon.

« Article 1325. Les actes sous seing privé qui contiennent des conventions synallagmatiques, ne sont valables qu'autant qu'ils ont été faits en autant d'originaux qu'il y a de parties ayant un intérêt distinct, etc.....

« Article 1329. Les registres des marchands ne font point preuve contre les personnes non marchandes, etc.....

« Article 1331. Les registres et papiers domestiques ne sont point un titre pour celui qui les a écrits, etc..... »

IV

Ces règles, qui ne sont rien moins qu'arbitraires, on le voit, doivent nécessairement s'appliquer aux matières commerciales, et elles s'y appliquent effectivement sauf quelques modifications toutefois, que le législateur a permises avec défiance, exceptionnellement et en prenant toutes les précautions imaginables; modifications qui, à tort ou à raison lui ont paru commandées par les besoins, nous n'ajouterons pas, par la bonne foi, du commerce.

Ces propositions sont faciles à justifier, nous allons le faire ; puis nous démontrerons que le système contraire viole ouvertement le texte et l'esprit de la loi que nous allons appliquer.

Première proposition. Au commerce comme au civil nul ne se peut, en général, faire un titre à soi-même.

L'article 12 au Code de commerce, porte : « Les livres de commerce régulièrement tenus, *peuvent être admis* par le juge pour faire preuve entre commerçants pour faits de commerce. »

Peuvent être admis et non pas *doivent être admis.* La conséquence est que les livres ne sont point des preuves, mais que le juge a la faculté de considérer ces livres *comme preuves,* alors qu'il n'y aura pas d'autres moyens de s'éclairer, alors qu'il n'y aura pas d'autres preuves plus positives dont on aura moins à se défier.

L'article ne dit pas tout cela explicitement, nous le concédons ; mais il le dit d'une manière implicite, nous en appelons sur ce point à tous les jurisconsultes.

Deuxième proposition. Au commerce comme au civil dans les obligations synallagmatiques il y a parité de position entre les parties contractantes.

L'article 8 au Code de commerce, porte : « Tout commerçant *est tenu* d'avoir un livre-journal qui présente jour par jour ses dettes actives et passives, les opérations de son commerce, ses négociations, acceptations ou endossements d'effets, et généralement tout ce qu'il reçoit et paye, à quelque titre que ce soit ; et qui énonce mois par mois les sommes employées à la dépense de sa maison : le tout indépendamment des autres livres usités dans le commerce mais qui ne sont pas indispensables.

« Il est tenu de mettre en liasse les lettres missives qu'il reçoit, et de copier sur un registre celles qu'il envoie. »

L'article 9 porte encore : « *Il est tenu* de faire tous les ans, sous seing privé, un inventaire de ses effets mobiliers et immobiliers, de ses dettes actives et passives et de le copier année par année sur un registre spécial et à ce destiné. »

La conséquence de ces prescriptions est que, s'il obéit à la loi selon laquelle il est *tenu* à avoir certains livres, tout commerçant peut contrôler par ses registres les registres de ses adversaires, et se trouve exactement sur le même pied que ceux-ci.

Troisième proposition.— Ce n'est qu'avec défiance et en s'entourant de précautions extrêmes que le législateur a apporté, en matière commerciale, un tempérament à l'inflexibilité des principes en matière civile.

Les livres indispensables dont la tenue est ordonnée, sont, en définitive, tous rédigés de la même manière, ne constituent que le même livre appliqué à des choses différentes.

Le livre-journal indique jour par jour la totalité de la situation et des affaires du commerçant, ou vis-à-vis de lui-même, ou vis-à-vis de tous ses correspondants.

Le livre de copies de lettres relate, jour par jour, la totalité de la correspondance de chaque négociant.

Le livre des inventaires est également tenu d'une manière périodique, mais à des intervalles plus éloignés qui ont d'autant moins d'inconvénient, que ce livre n'est qu'un extrait du livre-journal.

Pourquoi maintenant cette *ponctualité*, cette *périodicité* incessante dans la rédaction des registres de commerce, pourquoi cette *uniformité?*

Pour que les livres ne puissent être que difficilement recommencés, corrigés, ou falsifiés, ainsi que cela serait très-facile à faire, par exemple, dans un livre de comptes particuliers. On conçoit, en effet, le péril qu'il y aurait à arranger pour le besoin d'une cause un livre de commerce, où, au milieu d'énonciations de tous genres relatives à des centaines de personnes, se trouve une mention mise à une date, à laquelle on ne soupçonnait pas la contestation ultérieurement élevée par tel ou tel individu, péril aggravé encore par l'impossibilité de faire subir une altération aux mentions portées à une date correspondante sur les registres de l'adversaire.

Pour plus de sûreté, les livres nécessaires doivent être cotés, parafés et visés (art. 10 et 11).

Et toutes ces conditions remplies, les livres indispensables ne peuvent être admis en preuve qu'autant que leur état ne permet pour ainsi dire pas les corrections ou falsifications, qu'autant qu'ils sont régulièrement tenus (art. 12), c'est-à-dire sans blancs, lacunes, transports en marge (art. 10), surcharges ni interlignes : au cas contraire, ces livres ne sauraient ni être représentés, ni faire foi en justice (art. 13).

V

A côté des livres nécessaires, indispensables, dont la tenue est impérative, les commerçants, dans la pratique, pour leur commodité intérieure, pour leur avantage personnel, tiennent, *chacun dans la forme qui leur convient*, d'autres registres dont la loi ne fait aucune mention (tels que livre de caisse, grand livre, livres d'achats et ventes, etc., etc...), appelés, en style commercial, livres auxiliaires.

Eh bien! admettre l'un ou plusieurs de ces livres à servir de preuve, c'est *violer* un grand axiome juridique, *méconnaître* le *texte* de la loi, et le *but* qu'elle s'est proposé.

C'est, disons-nous, violer un grand axiome juridique. Il est de règle, en effet, que toute exception est essentiellement limitative; c'est pourquoi l'on dit : *Exceptio confirmat regulam*, alors qu'il faudrait, au contraire, dire : *Exceptio infirmat regulam*, si une exception pouvait, au gré de chacun, être étendue d'un cas à un autre, sous prétexte de similitude ou d'analogie.

Or, c'est exceptionnellement et par suite d'une disposition limitativement expresse de la loi que les commerçants sont en position de se créer des titres à eux-mêmes, que trois livres sont de nature à être produits en justice ; quand donc le texte serait muet, la force des choses et des principes s'opposerait à ce que l'on conférât aux livres auxiliaires le caractère qui appartient aux registres indispensables.

Mais le *texte* est positif : en effet, article 11 : « Les livres dont la tenue est ordonnée par les articles 8 et 9... » — Article 12 : « les livres de commerce régulièrement tenus peuvent être admis par le juge, etc... » — Article 13 : « Les livres que les individus faisant le commerce sont obligés de tenir, et pour lesquels ils n'auront pas observé les formalités exigées ci-dessus, ne pourront être représentés ni faire foi en justice, etc... »

En présence d'une telle lettre, il est évident que les livres qui peuvent être invoqués sont limitativement, exclusivement, les livres indispensables, ceux ordonnés par les articles 8 et 9, c'est-à-dire le livre-journal, le livre de copies de lettres, le livre des inventaires.

Quant au *but* de la loi, c'est évidemment le fausser, que d'ajouter créance aux livres auxiliaires.

Le législateur, nous l'avons démontré suffisamment pour n'y plus revenir, a voulu des registres à peu près *infalsifiables*, des registres qui se *contrôlassent mutuellement*, qui *équilibrassent* la position des parties : toutes ces garanties disparaîtraient d'un seul coup, s'il était permis d'invoquer les livres auxiliaires.

Sans doute un commerçant qui n'a pas les livres indispensables peut se trouver désarmé en présence du journal de son adversaire; mais alors ce commerçant doit s'en prendre à lui-même de ce désavantage qu'il a encouru en n'obéissant pas à la loi, qu'il ne pouvait ignorer et vis-à-vis de laquelle il lui était si facile de se mettre en règle, puisque rien n'est plus à la portée de tous qu'un livre-journal, que tous les livres nécessaires.

Quand, au contraire, ce qui est dans son droit, un négociant, un petit commerçant surtout, n'a pas tenu de ces livres auxiliaires compliqués hors de sa portée peut-être, et bons seulement pour les hautes spéculations commerciales, se voit opposer ces simples livres auxiliaires, il peut à juste titre se récrier, car de deux choses l'une : l'adversaire a ou n'a pas les livres nécessaires.

S'il ne les a pas, nous venons d'apprécier sa faute et la position qui en résulte.

S'il les a, de deux choses l'une encore : les mentions des livres auxiliaires figurent ou ne figurent pas aux livres indispensables.

Si ces mentions figurent aux livres indispensables, que l'on invoque donc ces livres.

Si ces mentions n'y figurent point, c'est parce qu'elles y ont été oubliées, ou parce que volontairement elles y auront été omises. Au premier cas, celui dont les livres indispensables sont muets n'a pas à se plaindre.

Au second cas, la conduite de celui qui n'a rien énoncé sur ses livres indispensables est inexplicable, et ses registres auxiliaires sont en suspicion légitime.

L'inconvénient serait sans doute moindre pour les négociants qui auraient réciproquement des livres auxiliaires, mais il existerait encore, en ce que, tenus diversement, ces registres se contrôleraient mal; en ce qu'en raison de la diversité de tenue, ces registres prêteraient le flanc à tous les remaniements possibles; en ce qu'on s'habituerait à suppléer aux livres indispensables par des registres destructifs de toutes garanties; en ce qu'enfin on substituerait l'anarchie à la loi, le chaos à l'uniformité.

VI

De tout ceci nous concluons que si la loi telle qu'elle est à l'endroit des registres n'est pas inattaquable, c'est précisément une raison pour ne la pas rendre détestable au moyen des livres auxiliaires ;

Qu'en *aucune hypothèse* les *livres auxiliaires seuls* et par leur *puissance unique* ne peuvent faire foi en justice ; que, tenus pour l'intérieur des maisons de commerce, ces livres partagent exactement en cela la condition des livres que les particuliers tiennent domestiquement pour leur usage personnel.

Mais à ces conclusions, que nous ne voulons ni altérer, ni affaiblir, nous mettrons un tempérament que voici :

Quand la preuve testimoniale est admissible, les présomptions le sont également (art. 1353, C. N.). Donc les preuves testimoniales, et partant les présomptions peuvent être constamment invoquées en matières consulaires (art. 1341, C. N. — 109, C. de comm.)

Lors donc que, dans une affaire et *en dehors des écritures*, se rencontreront des présomptions *suffisamment graves*, précises *et concordantes*, les registres auxiliaires pourront être produits, afin de compléter ces présomptions. Mais, qu'on y prenne garde, jamais, si ces présomptions manquent, les registres auxiliaires ne sauraient aller jusqu'à les créer.

C. Le GENTIL.

CRÉANCIERS INSCRITS, SOMMATION, NOTIFICATION.

Par M. Budost, juge suppléant à Coutances.

La sommation exigée par l'article 692 du Code de procédure doit-elle être faite indistinctemement à *tous* les créanciers inscrits hypothécairement sur l'immeuble exproprié, — aux créanciers inscrits du chef des précédents propriétaires aussi bien qu'à ceux inscrits du chef du propriétaire exproprié ?

Oui.

En effet :

1° Il y a d'abord *raison de texte*.

La formule de l'article 692 est générale.— Cet article dispose que « pareille sommation sera faite dans le délai de huitaine *aux* « créanciers inscrits *sur les biens saisis.* »

Aux créanciers inscrits sur les biens, sans distinction, sans restriction, sans limitation aucune ; donc à *tous* les créanciers inscrits, c'est-à-dire non-seulement aux créanciers inscrits du chef du propriétaire exproprié, mais encore à ceux inscrits du chef des précédents propriétaires. — C'est qu'effectivement les créanciers sont inscrits non sur tel ou tel détenteur, mais sur l'immeuble même qui est devenu leur gage, leur répondant.

Comment soutiendrait-on que l'article 692 doit être appliqué limitativement aux créanciers *inscrits du chef du propriétaire* saisi ? — Rien, dans le texte, ne révèle cette intention, et, au contraire, la généralité de ses termes indique *à priori* que la sommation doit être faite *à tous les créanciers inscrits sur les biens saisis ;* ce qui est fort différent, — car sont inscrits sur les biens tous ceux dont l'inscription grève l'immeuble, quels qu'en soient d'ailleurs la date et le rang. — L'hypothèque, en effet, est un *jus in re*, un droit *réel* (2114 C. Nap.), et non pas un *jus ad rem,* un droit *personnel.* — Pourquoi donc irait-on porter atteinte à la généralité d'un texte qui fait souverainement la loi et qu'il faut suivre au pied de la lettre, surtout en une matière comme celle de la saisie immobilière, où le législateur a précisé sa volonté à peine de nullité (art. 715 Procéd.) ?

2° Il y a une autre raison tirée de ce que l'hypothèque a pour but de conférer au créancier une garantie solide. — Eh bien ! l'interprétation contraire à celle que nous proposons serait vraiment subversive de cette garantie.

En effet, les créanciers inscrits sur l'immeuble du chef du précédent propriétaire ont compté et dû compter sur un gage certain, qui ne pouvait leur échapper, sur lequel ils ont, aux termes de l'article 2166 du Code Napoléon un *droit de suite* tant que leur créance n'a pas été purgée. — Envers et contre tous, ce droit existant en leur faveur doit subsister dès lors qu'il n'y a pas contre eux de forclusion résultant soit de prescription, soit de l'exercice d'un privilége ou d'une hypothèque préférable, — soit de ce que, mis en demeure par une sommation, ils auraient négligé de mettre, en temps utile, leur hypothèque en mouvement.

Or, si l'on voulait faire triompher la solution contraire à la nôtre, c'est justement le contraire qui se produirait ; la stabilité de l'hypothèque serait immédiatement compromise, ou plutôt elle serait annulée.

Il arriverait, par exemple, tantôt que le créancier d'une rente foncière exactement servie depuis de longues années et qui semblerait offrir les meilleures garanties, s'en trouverait dépouillé par suite d'une mutation de propriété résultant d'une expropriation dont rien ne l'aurait averti.

Tantôt il pourrait arriver que, quelques jours après l'inscription prise sur l'immeuble d'un propriétaire, celui-ci vendît cet immeuble à un autre, que ce nouveau propriétaire insolvable se fît exproprier, que, sur l'expropriation, le poursuivant ne fît pas aux créanciers hypothécaires du premier propriétaire la sommation requise par l'article 692; en sorte que, quoique tout récemment et très-valablement inscrits, les créanciers du précédent propriétaire se trouveraient frustrés de leur gage presque aussitôt qu'ils auraient pris les mesures qui devaient leur en assurer pour longtemps la conservation.

Ce serait ouvrir la porte à toutes les fraudes, à toutes les spoliations, à toutes les collusions imaginables. En un mot, cela aboutirait à des conséquences aussi désastreuses que contraires à la stabilité et à l'institution même du régime hypothécaire. — L'hypothèque serait toujours vaine et illusoire, là quoique ancienne, ici quoique récente.

A ce compte, mieux vaudrait rayer de nos lois ce système, puisqu'au lieu d'être une sauvegarde pour le créancier, il deviendrait un moyen de duperie offert au débiteur de mauvaise foi.

Cette doctrine est inadmissible, car, encore une fois, on ne peut évincer gratuitement les créanciers valablement inscrits; ils ont compté, non sur leur débiteur, mais sur un immeuble qui ne pouvait leur échapper. En quelques mains qu'il passe, il faut que cet immeuble reste leur gage (2166 C. Nap.). — Ainsi que l'a dit la Cour de Caen dans ses *Observations sur le régime hypothécaire*, « il serait contraire au droit comme à l'équité que les créanciers « inscrits subissent les effets de l'expropriation, s'ils n'avaient « pas été avertis de la saisie ; il s'agit de leur enlever un droit ; « comment les en priver au moyen d'actes auxquels ils resteraient étrangers sans la notification exigée par l'article 692 « Code de procédure. ? »

En résumé, si l'on distinguait entre les créanciers du saisi et ceux des propriétaires antérieurs, il en résulterait qu'une inscription régulièrement prise et conservée n'assurerait pas pendant 10 ans, au créancier, le droit de *suite* et le droit de *préférence* sur lesquels il a compté, et que plus une inscription serait ancienne et partant favorable, moins il y aurait de chances qu'elle produisît effet, puisqu'au moyen de ventes successives on arriverait à pouvoir n'en pas tenir plus de compte que si elle n'avait jamais existé, et qu'un simple créancier chirographaire, par exemple, pourrait poursuivre l'expropriation au détriment des créanciers inscrits hypothécairement. Il en résulterait qu'un tel système serait le renversement même du principe le plus essentiel du régime hypothécaire, à savoir que les premiers créanciers doivent être préférés aux derniers; *potior tempore...*

Comment donc adopterait-on une interprétation qui, après avoir violé la lettre de la loi, en violerait si directement l'esprit?

3° A cette double considération tirée du texte et de la raison, il en faut joindre une autre tirée du véritable caractère de la vente sur expropriation.

Quel est donc le but de la vente sur saisie immobilière?

Accomplie dans les conditions de la plus large publicité, elle a pour fin de faire produire à l'immeuble le prix le plus élevé possible.

Qu'on le remarque bien, en effet: l'article 692 exige que la sommation aux créanciers soit faite *avant* la vente. C'est pour qu'ils fassent toutes les diligences nécessaires afin de surveiller leurs droits; — afin, par exemple, qu'ils critiquent l'enchère s'ils en trouvent les conditions nuisibles à leurs intérêts, et surtout afin qu'ils trouvent des surenchérisseurs ou qu'ils portent eux-mêmes des surenchères.

Voilà ce qui différencie la vente *sur expropriation* de la vente *volontaire*, dans laquelle l'appel aux créanciers ne se fait qu'*après* que l'immeuble est vendu, pour que les créanciers s'en partagent le prix.

Si l'on décidait que la sommation de l'article 692 ne doit pas être nécessairement faite à tous les créanciers inscrits, sans exception, la vente sur expropriation cesserait de présenter aux créanciers hypothécaires toutes les conditions d'accroissement de prix que la loi a voulu qu'elle comportât; elle dépouillerait son caractère distinctif.

Son but serait évidemment manqué, puisqu'il n'y aurait pas de surenchère possible par les créanciers du précédent propriétaire qui ne seraient pas avertis.

En réalité, donc, la purge et tout son cortége de garanties si soigneusement édicté par le législateur, serait pour eux une lettre morte; leur hypothèque serait un leurre.

Et qu'on y prenne bien garde! si l'on ne faisait pas à *tous* les créanciers inscrits la notification dont il s'agit, la vente sur expropriation ne présenterait pas même aux créanciers inscrits les garanties que présente une simple vente volontaire. — Car, dans la vente volontaire, le nouvel acquéreur est obligé d'appeler *tous* les créanciers inscrits à concourir à la distribution du prix, à se le partager s'ils y ont droit, sous peine, pour cet acquéreur, de payer une seconde fois, — tandis que le prix de l'immeuble vendu sur saisie serait, dans le système que nous combattons, attribué aux seuls créanciers derniers inscrits (au poursuivant lui-même tout seul, peut-être,) puisqu'eux seuls en seraient avertis, puisqu'eux seuls en auraient connaissance.

4° Enfin, s'il est permis d'insister après des raisons si décisives, n'y a-t-il pas un puissant argument d'analogie à tirer de l'article 752 du Code de procédure qui, en indiquant les formalités nécessaires pour obtenir la distribution du prix de l'immeuble exproprié, dispose formellement qu'au procès-verbal d'ordre, « il sera annexé un extrait, délivré par le conservateur, de *toutes* « les inscriptions existantes? » — Ce texte est tranchant; il ne distingue pas : les inscriptions existantes doivent être portées à la connaissance du juge commis à l'ordre, *toutes*, sans exception, sans distinction. Eh bien! si l'on pouvait hésiter encore sur le sens de l'article 692, est-ce que les énonciations de l'article 752, qui en est comme l'explication, ne devraient pas lever toute équivoque? Leur pensée commune est basée sur une raison identique : — *eadem ratio, idem jus.*

En résumé donc, la rigueur du texte (692 et 715 Proc. comb.), — la sûreté de l'hypothèque (2265 C. Nap.), — la nature même de la vente par expropriation, — l'analogie des motifs qui ont dicté les prescriptions de l'article 692 et celles de l'article 752, — la loi et la raison, — tout commande également de faire la notification exigée par l'article 692 à *tous* les créanciers inscrits *sans exception.*

Notre thèse est établie.

Nous n'ignorons pas, toutefois, que l'on présente contre cette argumentation, vraiment invincible en théorie, une objection tirée de considérations pratiques [1].

On dit : — Mais le moyen, pour le saisissant, pour l'acquéreur, de connaître le précédent propriétaire et ses créanciers ?—

En principe, nous répondons d'abord : il n'importe ! La conservation des droits hypothécaires acquis avant tout !

Mais en fait, nous pensons que cette impossibilité pratique, loin d'exister même quelquefois, n'existe jamais.

En effet, comme le remarque M. Chauveau (sur Carré, t. VI, p. 2329), dans l'état des inscriptions qui grèvent l'immeuble, le conservateur peut et doit mentionner toutes celles qui existent du chef des précédents propriétaires ; par ce moyen on peut les connaître et leur faire la notification. M. Chauveau est d'avis que si le conservateur omet cette mention, l'expropriation doit être maintenue, mais que les créanciers inscrits doivent avoir recours contre le conservateur. L'action récursoire paraît fondée (Voy. art. 2196, C. Nap. — Art. 61 L. du 1er novembre 1798). — Mais il est tellement *possible* au conservateur d'énoncer, dans l'état qu'il délivre, les inscriptions de *tous* les créanciers, et c'est même tellement un *devoir* pour lui, que l'article 752 du Code de procédure lui en fait la prescription la plus explicite et la plus formelle. — Ses registres doivent donc être tenus et organisés de manière à remonter facilement à la connaissance des précédents popriétaires et de leurs créanciers hypothécaires, s'ils en ont encore.

Les auteurs du *Répertoire du Palais* font une objection (v° *Saisie immobilière*, n° 550) : « Sans doute, disent-ils, dans l'hy-
« pothèse d'un saisissant qui agit en vertu d'une hypothèque
« conventionnelle, il a le moyen de connaître les hypothèques
« antérieures, en exigeant de son débiteur la déclaration de tou-
« tes celles qui existent sur l'immeuble, — déclaration qu'il est
« obligé de faire sous les peines du stellionat. — Mais il n'en est
« pas de même de celui qui n'a pour titre hypothécaire qu'un
« jugement qui ne peut lui indiquer ni les anciens propriétaires,
« ni les créanciers inscrits sur eux. »

Cette objection, à notre avis, ne soutient pas l'examen. — Peu importent les révélations du précédent propriétaire. Faudra-t-il donc que ses créanciers hypothécaires soient à la merci de ses aveux? Et s'il méprise les peines du stellionat, ou s'il collude en secret, avec le saisissant, les créanciers inscrits qui auront compté sur sa *chose* et non sur sa *foi*, devront-ils pâtir de son *fait?* Évidemment, ils ont une garantie moins précaire.

---

[1] Cass. Rej., 13 novembre 1827 (Dev. C. N., 8). — Paris, 5 juillet 1832 (Dev., 32, 2, 446). — Caen, 14 novembre 1849 (Dev., 50, 2, 646). — Rodière, 3, p. 120.

Plaçons-nous donc en plein dans l'hypothèse d'un jugement comme seul titre de son hypothèque. — Le saisissant sera-t-il pour cela moins obligé de sommer *tous* les créanciers inscrits? Non; et lorsqu'il se présentera chez le conservateur des hypothèques pour obtenir, afin de continuer ses poursuites, l'état des créances inscrites dans les dix dernières années (2265, C. Nap.), le conservateur devra, comme le dit M. Lachaise (t. Ier, p. 368 et 378), trouver les moyens de les lui faire connaître, s'il en existe, et les indiquer *toutes* dans son relevé. — Ainsi le veut, du reste, l'article 752 du Code de procédure, qui, basé sur des raisons identiques, vient, comme nous l'avons dit plus haut, fournir un puissant argument *à pari* à l'interprétation ici proposée de l'article 692. — Comment donc le conservateur ne *pourrait-il* pas, dans le cas de l'article 692, délivrer le relevé complet de *toutes* les inscriptions qui grèvent l'immeuble, alors qu'il faudra bien que, l'ordre étant ouvert, il fournisse cet état complet pour que le juge commissaire accomplisse son travail (752 Pr.)? — Il le doit et il le peut à un moment de la procédure, il le peut donc à l'autre.

Ainsi, finalement, cette considération pratique ne peut pas faire obstacle à notre solution.

Au surplus, cette question, controversée dans de nombreux précédents de doctrine et de jurisprudence, vient d'être décidée *in terminis*, dans le sens que nous adoptons, par un jugement du tribunal de Nevers, du 8 août 1849, confirmé par arrêt de la Cour de Bourges[1]. Ce jugement, bien motivé d'ailleurs, a pourtant laissé dans l'ombre certaines considérations très-juridiques consignées dans un jugement inédit du tribunal civil de Caen, rendu le 1er avril 1840, au procès *Mioque* contre *Monlieu*, dans lequel le savant président, M. Deslongchamps, déduit les raisons de décider avec la sûreté ordinaire de son esprit si net et si élevé[2].

AL. DU BOST.

---

[1] Devill., 1853, 2, 151.

[2] V. sur cette question, outre les autorités indiquées. — Bioche, vº *Saisie immob.*, nº 349. — Berriat, 587, note 67, 4º. — Cassat., 27 novembre 1811 (Dev. C. N., 3, 1, 429). — Toulouse, 29 juin 1835 (Dalloz, 36, 2, 14). — Et Turin, 2 juillet 1810 (Journal des av.). — Caen, 4e ch., 25 juin 1829, aff. Delahorie (Recueil des arrêts de Caen); — 2e ch. 24 décembre 1842, Loisel. (Même recueil.)

DE L'INFLUENCE DE DUMOULIN SUR LA LÉGISLATION FRANÇAISE.

Par M. Aubépin, docteur en droit, substitut au Blanc.

(*Suite du chap.* vi [1].)

IX. — *Le droit national en France après Dumoulin.* — De ce qui précède on peut conclure que Dumoulin a mis le sceau du génie au travail de formation qui depuis trois siècles s'opérait dans le droit français. Le droit coutumier a servi à la fois de point de départ et de but à ses efforts, le droit romain n'a été pour lui qu'un moyen d'atteindre le résultat qu'il poursuivait. Sans doute la lutte que nous avons vue s'élever dès l'origine entre ces deux principes n'est pas éteinte; jamais peut-être elle n'a été aussi vive : mais à l'avenir les travaux de Dumoulin donneront au droit national un point de résistance qui lui permettra de soutenir, comme dans un fort retranché, le choc des romanistes. Naguère encore le droit romain était aux yeux de tous l'autorité par excellence; à défaut d'une science du droit français, les coutumiers recouraient à ses principes, comme à une oi universelle. Dumoulin a donné au droit national la vie scientifique : il fallait à ce droit, qui n'était encore qu'une tradition coutumière, des règles dogmatiques, à ces règles un enchaînement logique, une synthèse doctrinale; à ce droit enfin il fallait un nom qu'il pût opposer aux grands noms de la jurisprudence romaine, une autorité qu'il pût mettre en regard des autorités de la glose. Dumoulin a fait de la législation coutumière un corps de droit complet : on pourra dire désormais le droit français, comme on dit le droit romain; enfin à l'avenir le droit national aura son jurisconsulte et son oracle.

Dès le temps de Dumoulin, la France coutumière est divisée en deux camps, chacun a son chef dans le parlement, chacun sa devise. *Servatur ubiquè jus romanum, non ratione imperii, sed rationis imperio :* tel est le principe que défend la première phalange, conduite par le président de Thou. — *Servatur ubiquè jus romanum, et ratione imperii, et rationis imperio :* telle est la règle que soutient la seconde, dirigée par le président Lizet [2].

---

[1] V. plus haut, p. 32.

[2] Argou, *Institution au droit français*, t. I, p. 74. — Bretonnier, *sur Henrys*, préface, *passim* (Paris, 1708).

Quand vient la réformation des coutumes, chacun lutte d'influence et de savoir pour faire prédominer sa tendance : ici vous reconnaîtrez le passage des coutumiers, ailleurs l'empreinte des romanistes. La doctrine et la jurisprudence suivront le mouvement et se mêleront à la lutte, divisées comme les coutumes, ardentes comme les réformateurs.

Dans telles coutumes, à Metz, à Toul, à Verdun, en Bourgogne, en Auvergne, dans la Marche et le Bourbonnais, le droit romain est le droit commun, c'est à ses dispositions qu'il faudra demander la solution des difficultés que le texte coutumier n'a pas tranchées [1]. — Dans telles autres, l'absence d'une décision formelle et l'ensemble des principes admis par les réformateurs montrent assez qu'on repousse cette tendance.

De l'ensemble descendons aux détails. — Le droit écrit, qui représente à cette époque le droit romain en France, a conservé presque intacts les principes de la législation de Justinien sur la puissance paternelle. Sous son empire, c'est le titre de fils de famille, et non l'âge, qui règle la capacité civile des individus ; on retrouve encore dans sa jurisprudence les pécules, les biens adventifs, l'action *de peculio* et l'action de *in rem verso;* la personnalité juridique des enfants se confond dans celle du père, et la donation qu'il leur fait entre-vifs, devient de plein droit une donation à cause de mort. Enfin l'émancipation y met seule un terme à la puissance paternelle, et l'on y tient généralement que certaines dignités émancipent, tandis qu'on refuse cet effet au mariage [2].

Vous retrouverez la puissance paternelle dans certaines coutumes avec ses caractères, deux exceptés toutefois, à savoir qu'elle finit de plein droit à un âge déterminé, et que, par ses effets sur la capacité civile des enfants, elle se rapproche davantage d'une tutelle légitime [3]. — Les enfants, sous la coutume de Lille, sont en la puissance de leur père, tant qu'ils soient mariés ou dûment émancipés ; jusque-là, ils ne peuvent contracter, *de quelque âge qu'ils soient.* — On trouve, à Clermont en Argonne, des enfants *en puissance de leur père ou aïeul.* — Dans la châtellenie de Lille, les donations faites à des enfants *étant en la puissance du père,* appartiennent à ce dernier : en Poitou, le père a la propriété des meubles et des fruits des immeubles qu'acquiert son fils, âgé de moins de vingt-cinq ans et demeurant avec lui [1]. — Toutes ces coutumes placent l'émancipation à côté de leurs dispositions sur la puissance paternelle ; l'une est le corrélatif de l'autre, mais elles ne reconnaissent pas toutes à l'âge ni au mariage le pouvoir d'émanciper : à Cambray, en Bretagne, à Bordeaux, en Saintonge, il faut de plus que l'enfant ait un *état honorable ou se tienne hors de son père* et *fasse son train et négociation pour lui.* En Bourbonnais même, le mariage émancipe, *sinon que autrement fût convenu en faisant ledit mariage* [2]. — En Belgique et dans le Hainaut, à Rheims, à Metz, à Sedan et en Bourbonnais, la promotion à certaines dignités émancipe de plein droit [3].

---

[1] Bretonnier, *sur Henrys, loc. cit., passim* (Paris, 1708).

[2] Argou, *Institution au dr. français,* t. I, p. 21 et suiv.

[3] Pothier, *sur Orléans,* introduction au tit. IX, p. 273.

Dans les pays vraiment coutumiers, les codes municipaux sont muets sur la puissance paternelle, ils ne la considèrent jamais comme influant sur la capacité des individus, et, lorsqu'ils en parlent, ce n'est qu'incidemment à propos des qualités de majeur et de mineur, qui seules à leurs yeux règlent cette capacité. A peine en trouve-t-on trace dans la coutume de Paris, et si la coutume d'Orléans a un titre *des enfants qui sont en leurs droits* et *hors la puissance paternelle*, elle n'y traite que de la garde et de la tutelle. Ainsi, en Vermandois, en Normandie, à Chartres, en Touraine, à Senlis même, on va plus loin et l'on proclame que *droit de puissance paternelle n'a lieu* [4]. On ne trouve point conséquemment dans ces coutumes de textes sur l'émancipation, et celles qui font exception, comme Orléans, proclament seulement le principe coutumier que mariage émancipe [5]. En un mot, dans les pays coutumiers, « la puissance paternelle est réduite « à certaine autorité des pères et mères sur la personne de leurs « enfants [6] : » c'est la doctrine de Dumoulin : « liberi Galli habent « filios in potestate *non rigidâ illâ et quæstuariâ peculiari Roma-* « *norum, sed suâ videlicet autoritativâ et reverentiali*, undè

---

[1] Lille, tit. IV, art. 2 ; Clermont, chap. II, art. 8 ; Ch. de Lille, tit. XIII, art. 3 ; Poitou, art. 318.

[2] Cambray, tit. VI, art. 1 ; Bretagne, 429 et 449 ; Saintonge, art. 2 ; Bourbonnais, art. 166.

[3] Merlin, *Répert.*, v° *Puiss. patern.*, sect. 6, § 3, n° 2 ; Metz, tit. I, art. 4 ; Bourbonnais, art. 165.

[4] Paris, art. 286 ; Orléans, tit. IX ; Senlis, art. 221.

[5] Orléans, art. 181.

[6] Poquet, *Règles du droit français*, liv. I, tit. II, sect. 1, art. 1, 2, 3, 4.

« pater uti non potest ad quæstum suum de bonis filii in ejus « præjudicium [1]. »

En pays de droit écrit, la tutelle finit à douze et à quatorze ans, comme à Rome [2]. En pays coutumier, tantôt elle finit à vingt-cinq ans, comme à Paris, à Orléans, en Touraine : tantôt, au contraire, elle se termine à un âge moins avancé, différent selon les lieux, et se rapprochant plus ou moins de l'âge adopté par le droit écrit [3].

On remarque une divergence identique entre les coutumes sur l'âge requis pour tester. Le droit écrit, comme le droit romain, exige quatorze ans pour les mâles, douze ans pour les filles [4]. Le droit coutumier, à la distinction du sexe chez le testateur, joint en général la distinction des biens sur lesquels porte le testament : parmi les coutumes, les unes, comme celles de Paris, d'Orléans, de Cambray, de Melun, de Tours, d'Étampes, de Bar, fixent l'âge exigé pour tester de dix-huit à vingt-cinq ans; les autres, se rapprochant du droit écrit, le fixent de treize à dix-huit ans; telles sont celles de Normandie, de Poitou, de Bouillon, de Namur et de Berry [5]. La coutume d'Angoumois, par une disposition remarquable, décide «qu'un fils de famille *âgé de dix-sept ans accomplis* peut faire testament [6]. »

Le droit romain, et après lui le droit écrit, graduent la quotité de la légitime sur le nombre des légitimaires [7]. — Les coutumes de Paris, d'Orléans, de Calais, de Saint-Omer, de Chauny, de Normandie, la fixent, au contraire, indistinctement à une quotité invariable [8]. En Bourgogne, la coutume copie la novelle XVIII. — En Berry, on oblige les disposants à laisser à leurs enfants la légitime, *telle que de droit*. — De même à Orchies, *aux enfants la*

---

[1] Dumoulin, *Ann. ad Phil. Dec. in Dig. vet.*, l. III.

[2] Argou, *loc. cit.*, t. I, p. 63.

[3] Paris, art. 325; Orléans, art. 182; Tours, art. 351; Anjou, art. 144; Maine, art. 455; Douai, chap. VII, art. 2.

[4] Argou, *loc. cit.*, t. I, p. 309.

[5] Paris, art. 293; Orléans, art. 293; Cambray, tit. III, art. 5; Melun, art. 247; Tours, art. 324; Étampes, art. 103; Bar, tit. VIII, art. 14; Normandie, art. 399 et 400; Poitou, art. 276; Bouillon, chap. XIII, art. 2; Namur, art. 63; Berry, tit. XVIII, art. 1.

[6] Angoulême, art. 119.

[7] Merlin, *Répertoire*, v° *Légitime*, sect. VI, n° 1.

[8] Paris, art. 298; Orléans, art. 274; Calais, art. 85; Saint-Omer, art. 27; Chauny, art. 49; Normandie, art. 402.

légitime selon le droit. — A Rheims, *selon la raison écrite.* — Ainsi à Melun et en Vermandois [1].

Le rapport en matière successorale a lieu dans les pays de droit écrit selon les principes de la législation de Justinien, en ligne directe descendante seulement, avec la faculté pour le disposant de faire un préciput, et pour l'héritier celle de se soustraire au rapport en répudiant la succession [2].—A Douai, à Valenciennes, en Artois, le rapport est formellement banni de la coutume : à Lille, à Amiens, à Chauny, à Cambray, on ne l'admet qu'avec certaines restrictions [3]. — En Touraine, en Anjou, dans le Maine, en Bretagne, à Blois, en Normandie, on admet le rapport tant en collatérale qu'en directe : en Nivernais, au contraire, en Bourbonnais, à Sens, à Melun, à Rheims, on suit purement et simplement le droit romain [4]. —Dans toute la Flandre, à Paris, en Vermandois, en Touraine, en Anjou, à La Rochelle, le disposant ne peut dispenser du rapport : en Nivernais, au contraire, en Bourbonnais, en Berry, à Lille, à Douai, à Rheims, il peut faire des dispositions préciputaires [5]. — Dans ces dernières coutumes, l'héritier reste donataire en renonçant à l'hérédité : dans les autres, le principe contraire est de droit, sauf néanmoins quelques distinctions [6].

Faut-il un dernier rapprochement? La coutume de Berry est toute romaine, on y trouve un long titre de la puissance paternelle et de l'émancipation, et des textes sur des biens adventifs et *castrenses*; on y peut tester à dix-huit ans, sans distinction de sexe, de tous ses biens, quelle que soit leur nature; la légitime est celle du droit romain; c'est encore le droit romain qu'on suit en matière de rapport [7]. — Dans la coutume de Touraine, l'élément national règne sans partage; vous n'y rencontrerez que des traces fugitives de la puissance paternelle; sous le titre XXXIII *de l'Emancipation*, vous lirez que « hommes ou femmes nobles ou « roturiers *mariez*, encore qu'ils soient mineurs de vingt-cinq « ans, *sont usans de leurs droicts*... » L'ancienne coutume disait plus brièvement : « Homme ou femme mariez sont tenus pour mancipez; » on l'a rejetée; comment parler d'émancipation là où l'on ne reconnaît pas de puissance paternelle? L'âge requis pour tester est de vingt ans pour les mâles, de dix-huit pour les femmes, s'il s'agit de meubles ou d'acquêts immeubles; il faut vingt-cinq ans pour tester des propres. Enfin le rapport a lieu en collatérale comme en directe, sans que le disposant puisse en dispenser l'héritier, ni que celui-ci puisse s'y soustraire en renonçant à la succession [1]. — Or, la réformation de la coutume de Touraine était dirigée par de Thou, celle de la coutume de Berry, par Lizet.

---

[1] Bourgogne, chap. VII, art. 7; Berry, tit. VII, art. 10; Orchies, chap. II, art. 1; Melun, art. 232; Vermandois, art. 52.

[2] Argou, *Institution au droit français*, t. I, p. 486 et 487.

[3] Douai, tit. II, art. 16; Valenciennes, art. 105; Artois, art. 148. — Lille, tit. II, art. 64 et 66; Amiens, art. 92 et 93; Chauny, art. 19; Cambray, tit. XXII, art. 27.

[4] Touraine, art. 302; Anjou, art. 337; Maine, art. 349; Bretagne, art. 596; Blois, art. 167; Normandie, art. 434. — Nivernais, chap. XIV, art. 2; Bourbonnais, art. 313; Sens, art. 264; Melun, art. 275; Rheims, art. 324.

[5] Paris, art. 303; Vermandois, art. 94; Touraine, art. 302. — Nivernais, chap. XXVII, art. 11; Bourbonnais, art. 398; Berry, tit. XIX, art. 42; Lille, chap. I, art. 18; Rheims, art. 233.

[6] Bretagne, art. 599; Rheims, art. 320. — Paris, art. 307; Melun, art. 373; Sens, art. 269.

[7] Berry, tit. I, *passim;* tit. XVIII, art, 1 et 2.

« Monsieur le président Lizet, écrit Fontanon, homme de son « tems des mieux versez en Droit, qui rédigea les coutumes de « Berry, les conforma au plus près que faire se put à la disposition du droit commun [2]. » Fontanon était un romaniste, on s'explique dès lors son opinion. La Thaumassière, au contraire, était un coutumier, et, s'il reconnaît que Lizet était « homme fort sçavant en droit romain, » il juge aussi qu'il s'est parfois « trop arrêté aux subtilités » de ce droit « auquel il devait « préférer les véritables maximes du droit coutumier [3]. » La Thaumassière avait raison : n'était-ce pas Lizet qui, par respect pour les principes rigoureux du droit romain en matière de testament, avait fait édicter par la coutume de Berry deux articles de prohibition contre l'institution contractuelle, lorsque cette création propre du droit français était admise dans les pays coutumiers, à titre de convention de droit commun, et que les parlements des pays de droit écrit eux-mêmes lui accordaient une généreuse hospitalité? Sur quoi, La Thaumassière ajoutait : « Si « notre coutume était réformée, je serais d'avis qu'on la conformât en ce point au droit commun de la France, sans s'arrêter « aux pointilles du droit romain [4]. »

---

[1] Tours, art. 351; tit. XXXIII; procès-verbal, sur le tit. XXXIII; art. 324.

[2] Fontanon, *sur Masüer*, p. 335.

[3] La Thaumassière, *Nouveaux commentaires*, préface, p. 8, et tit. VIII, art. 5.

[4] La Thaumassière, *loc. cit.*, *ib.*, sur les art. 5 et 6 du tit. VIII.

X. — *Suite.* — La divergence des coutumes offre un nouvel aliment à la lutte des romanistes et des coutumiers. Souvent en effet les coutumes sont muettes sur un grand nombre de points, ou leurs dispositions vagues et indécises laissent dans l'ombre des détails importants : comment mettre un terme au doute qui naît de ce silence ou de cette indécision? On recourt naturellement au droit commun; mais quel est ce droit commun?

Si vous le demandez à Charondas, il vous dira que c'est le droit romain, *à cause de la grande équité sur laquelle il est fondé*[1]. Fontanon vous fera la même réponse [2]. Pour Ricard encore, le droit romain est le droit commun [3]. Dans le silence d'une coutume, dit aussi l'avocat général Talon, ce n'est point à la coutume de Paris qu'il faut recourir, *mais à la disposition du droit commun, qui n'est autre que le droit romain* [4]. Écoutez enfin Le Maître : « N'est-il pas juste que dans le silence de nos coutumes nous « écoutions la voix de ces grands génies de jurisprudence et de « politique : que, les *exceptions* cessant, nous reprenions la *règle « général* : que les ruisseaux étant séchez, nous allions puiser « dans l'Océan.... et que, nos oracles devenant muets, nous allions consulter ce grand oracle étranger qui rend ses réponses « dans ce temple saint que toute la sagesse romaine a consacré « à la justice, et qui se peut dire le véritable temple de cette « vertu divine [5]. » A la même époque, Cujas poursuit de ses épigrammes le droit coutumier, tandis qu'il exalte de ses louanges le droit romain : « Studia hæc sunt juris civilis, dit-il de celui-ci, « sinè quibus neque stare res, neque mores hominum constitui, « componi aut temperari ullo modo possunt, sinè quibus prudentissimus cautissimusque rerum homo quisquis sit, quamvis « felici sidere natus, nemo unus evaserit unquàm. » — « Multa « sunt, dit-il de celui-là, in moribus Galliæ dissentanea, multa « *sinè ratione*, quòd plerumque *omni ratione destituantur*, petita partìm ex jure gallico, partìm ex imperitorum sententiis « malè cohærentibus [6]. »

---

[1] Charondas, *Pandectes*, liv. III, chap. IX. — *Responses*, liv. VIII, chap. LXXXVII.

[2] Fontanon, *sur Masüer*, p. 335.

[3] Ricard, *sur la cout. de Senlis*, art. 161.

[4] Bardet, t. II, liv. III, chap. XXVII. — Conclusions sur l'arrêt de 1632, dans la coutume de Montargis, dont il sera parlé plus loin.

[5] Le Maître, *Plaidoyers*, pl. 12, in fine.

[6] Cujas, *Epist. ad filium*, *Tract. ad Africanum*, 6. — Cujas, *in lib. feud*,

D'un autre côté, Coquille dira après Dumoulin que la coutume n'est pas odieuse, mais favorable, et qu'elle doit être favorablement interprétée, et par elle-même, comme faisaient les jurisconsultes des lois et édits des Romains : s'il reconnaît que les lois romaines ont leurs *grandes raisons et bien politiques*, il ne les admettra que pour aider à l'interprétation des coutumes et des ordonnances [1]. Mornac, quelques tendances qu'il ait au romanisme, écrira néanmoins qu'il faut recourir *ad jus commune romanum*, lors seulement que *nihil nostrâ lege municipali aut vicinâ ad controversam quæstionem deciditur* [2]. Domat, qui a élevé au droit romain un monument si admirable, enseigne que son autorité dans les pays coutumiers consiste en ce qu'on « observe par« tout les lois de la justice et de l'équité qu'on appelle le droit « écrit; » il ajoute « qu'il a la même autorité qu'ont la justice et « la vérité sur notre raison [3]. » Les coutumiers du Hainaut, répudiant la loi romaine, lui préfèrent, tantôt le droit naturel, tantôt le droit commun, tantôt même les coutumes étrangères dont les principes sont conformes à ceux de la coutume qu'il s'agit d'interpréter; ils vont même, là où les textes coutumiers ont expressément donné au droit romain le titre de droit commun, jusqu'à reconnaître à l'usage le pouvoir de lui en enlever l'autorité ; leur règle est celle-ci : « Principibus nostris placuit ut judicemus « jure romano, *quatenùs constitutiones eorum aut mores nostri non « refragantur* [4]. » Enfin La Thaumassière venge le droit coutumier des attaques de Cujas : « Encore que les maximes du droit « coutumier soient en plusieurs points directement opposées aux « principes du droit romain, elles ne sont pas pour cela desti« tuées de toute raison, car elles sont autant et mieux éta« blies que les loix des Romains, et même sur de plus solides « fondements, comme sur le bien de l'État, qui est la pre« mière de toutes les loix, sur la conservation des familles, et « des anciens biens et patrimoines en icelles, et les autres raisons

---

lib. IV, tit. XIV. — V. aussi Cujas, *in lib. feud.*, lib. XIII : « Bituriges puber« tatem existimant ex annis 18, *spadonum verò patria..... citiùs pubescunt « aliæ nationes.* »

[1] Coquille, *Questions*, chap. I et CCCVIII.

[2] Mornac, *ad l.* 9, D. *de just. et jure; ad leg.* 2, D. *de or. jur.; ad l.* 1 Cod. *de vet. jure concl.*

[3] Domat, *Traité des lois*, chap. XIII, nos 9 et 10.

[4] Merlin, *Répertoire*, vo *Hainaut; Questions de droit*, vo *Intérêts.*

« politiques conformes aux mœurs et humeurs de notre na« tion [1]. »

De l'ensemble il faut descendre une fois encore aux détails, pour y retrouver le même antagonisme. Tandis que Loysel pose en règle coutumière que *droit de puissance paternelle n'a lieu*, et que Coquille enseigne qu'en France ce droit n'est qu'*imaginaire* [2], Papon, d'Argentré, Bodin, suivent le sentiment contraire, et Baron reprend Accurse d'avoir écrit que les Français ne connaissaient pas la puissance paternelle : *Quod Accursius notat, apud Francos patriam potestatem non observari, arguit mores nostros eum ignorâsse* [3]. Si l'avocat général Durand veut que, dans le silence de la coutume de Bourgogne, on répudie le droit romain en cette matière, le président Bouhier soutient à la fois contre Durand que la puissance paternelle est de droit en Bourgogne, et contre Loysel et les coutumiers, qu'elle est de droit à Paris et dans la France entière [4].

Si quelques coutumes fixent, comme nous l'avons vu, d'une manière précise l'âge auquel l'on peut tester, et la quotité de la légitime, un grand nombre d'autres restent muettes sur ces deux points : les romanistes veulent que, dans ces coutumes, on recoure au droit romain, qu'ils présentent comme le droit commun ; les coutumiers s'en réfèrent à la coutume de Paris, qu'ils regardent comme l'expression la plus complète du droit national. Le parlement de Paris fait d'abord pencher la balance du côté des premiers, et, pendant plus d'un siècle, la tendance de Lizet l'emporte. Dès 1545, on juge à Paris que *la légitime, en pays coutumier, est selon le droit romain* ; en 1581, on décide, pour la coutume de Meaux, que le testament fait à quatorze ans passés est bon et légitime, *suivant la disposition du droit civil* [5]. Cette jurisprudence se maintient sans partage jusqu'au milieu du XVIIe siècle ; néanmoins, à voir le nombre des arrêts que sollicite la question, on sent qu'elle n'est pas irrévocablement tranchée. Peu à peu la doctrine de Dumoulin prend un empire chaque jour plus grand, les principes coutumiers, encore indécis après la réformation, s'affermissent et se précisent ; on ne sent plus alors la nécessité de recourir aveuglément au droit romain, et les parlements tendent à quitter la voie qu'ils ont suivie jusque-là.

---

[1] La Thaumassière, *Nouveaux commentaires*, etc., préface, p. 8.

[2] Loysel, liv. I, tit. I, règle 37. — Coquille, *Tit. au dr. français.* Titre *de l'état des personnes.*

[3] Papon, *sur Bourbonnais*, art. 3. — D'Argentré, *sur Bretagne*, art. 498. — Bodin, *République*, chap. IV. — Baron, *ad tit.* Institut. *de patr. potest.*

[4] Merlin, *Répertoire*, v° *Puiss. paternelle*, sect. 1, n° 4.

[5] Merlin, *loc. cit.*, v° *Légitime*, sect. 6, n° 12.

Le retour se fit d'abord sur la question de la légitime. En 1618 et en 1620, le parlement de Paris décida que la légitime devait être fixée à Blois, à Vitry, en Anjou et dans les coutumes d'Amiens et de Troyes, selon la coutume de Paris. Les romanistes résistèrent, paraît-il, à cette nouvelle jurisprudence, car en 1661 on retrouve la question au parlement soulevée encore dans la coutume de Troyes. On entoura la décision qui allait intervenir de toutes les lumières propres à en éclairer les éléments, toutes les chambres furent consultées, l'ordre des avocats fut appelé à donner son avis ; le droit national l'emporta, comme en 1618 et en 1620. Cependant les romanistes firent un dernier effort; « les suffrages se sont trouvés partagés, écrivit Ricard, « mais on a remarqué que ceux qui étaient dans la réputation « de savoir les maximes, se sont trouvés d'avis de suivre le droit « civil [1]. » L'épreuve fut renouvelée en 1672, et, malgré les conclusions de l'avocat général Bignon, la cour décida *in terminis* que le silence des coutumes sur la quotité de la légitime devait être suppléé par les dispositions de la coutume de Paris [2].

La même année, la jurisprudence arrive à un point identique sur la question de l'âge exigé pour la capacité testamentaire, après avoir suivi une marche semblable. En 1600, pour la coutume de Vitry, en 1601, pour celle de Troyes, en 1605, pour celle de la Rochelle, en 1632, pour celle de Montargis, le parlement de Paris juge comme il a jugé en 1581, pour la coutume de Meaux [3]. Mais, à partir de 1636, la divergence de ces arrêts fait pressentir un retour aux influences coutumières. En 1636, la cour décide que, dans les coutumes muettes, la coutume de Paris doit l'emporter sur le droit romain, et le décide ainsi *consultis classibus*. Il est vrai qu'en 1641 elle penche de nouveau pour le droit romain, mais en 1652, elle revient à la coutume ; et si, en 1670, elle retourne encore aux romanistes, en 1671, elle donne la prépondérance aux coutumiers [4].

---

[1] Merlin, *loc. cit.*, ib., ib., ib.

[2] *Journal du Palais*, t. I, p. 203, et Merlin, *loc. cit.*, ib., ib.

[3] Ferrière, *sur la cout. de Paris*, art. 293. — Leprêtre, cout. 1, chap III. — Lelet, *sur la cout. de Poitou*, art. 276, v° *Vingt ans*.

[4] Merlin, *Répertoire*, v° *Testament*, sect. 1, § 1, art. 3, n° 4.

On sent alors qu'une décision solennelle est nécessaire pour trancher le débat. En 1672, la question se présente de nouveau dans la coutume de Valois qui est muette sur l'âge exigé pour tester : il s'agit d'un testament par lequel un fils a légué à sa mère tous ses meubles et acquêts et le quint de ses propres ; le droit romain valide sans distinction le testament, la coutume de Paris l'annule quant à la disposition des propres, le testateur n'ayant pas atteint l'âge de vingt-cinq ans qu'elle exige pour cette disposition. La Cour réduit le legs aux meubles et aux acquêts [1].

La question ainsi tranchée dans ces deux cas, le sera désormais dans tous les autres. Ce n'est pas à dire que les romanistes ne tenteront pas de ramener la jurisprudence à ses premiers errements. Dans la question de la légitime, les plaideurs, forts de l'opinion de Ricard et de la résistance de Bignon, veulent revenir au droit romain ; mais la Cour juge en 1674 *in terminis*, que *la légitime des enfants, ès-coutume de Poitou, Anjou, Touraine et la Rochelle, se règlera suivant l'art.* 298 *de la coutume de Paris :* et la jurisprudence ne se démentira plus désormais [2]. — De même, dans la question du testament, on essaiera de combattre l'ascendant du droit coutumier, mais, la question s'étant présentée pour la coutume de Senlis en 1702, la Cour maintient ses arrêts antérieurs et ordonne que la décision sera lue et publiée au bailliage de Senlis, pour y servir de règlement. N'est-ce pas battre en brèche les doctrines de Ricard, au centre même de ses efforts [3] ?

Il faut le remarquer cependant, on juge ainsi dans les coutumes muettes qui n'ont pas avec le droit romain les rapports intimes que nous avons signalés plus haut dans les coutumes de Bourbonnais et de Berry, par exemple : car pour les coutumes qui, suivant l'expression de Lebrun, *frayent presque toujours avec le droit romain*, on suit le droit romain [4].

XI. — *Suite.* — A l'époque où la jurisprudence fait ainsi prédominer l'élément coutumier, la doctrine lui assure aussi la prépondérance ; en même temps que les romanistes font un suprême effort auprès du parlement, ils soutiennent dans leurs livres la supériorité du droit romain. Sans parler de Ricard, qui joue cependant, au milieu de la lutte que nous venons de parcourir, un rôle important, Bretonnier écrit encore une longue dissertation *pour montrer que le droit romain est le droit commun de la France* [1]. Il serait trop long de suivre l'auteur dans ses développements, on y trouverait beaucoup de science et d'habileté, mais peu de logique, il est plutôt l'historien de la lutte qu'il n'en est l'un des acteurs. Invoque-t-il l'histoire, il établit bien que la Gaule dès l'origine a été soumise au droit romain, que les rois barbares ont en plusieurs occasions donné à ce droit une autorité remarquable, que les capitulaires l'ont suivi en plus d'un point, que l'Eglise en a souvent adopté les principes : mais il ne va pas plus loin, et un coup d'œil léger sur la féodalité l'amène à conclure que *les coutumes dans leur origine sont de véritables attentats à l'autorité royale* [2].

---

[1] Merlin, *loc. cit.*, ib., ib. — Brisson, v° *Age*, n° 71.

[2] *Le Journal des Audiences*, cité par Merlin, *Répertoire*, v° *Légitime*, sect. 6, n° 12. — V. *ibid.*, arrêt du 12 mars 1715, du 20 août 1747, du 21 janvier 1713, du 6 mars 1716, du 7 septembre 1752, et du 7 septembre 1765.

[3] Merlin, *Répertoire*, v° *Testament*, sect. 1, § 1, art. 3, n° 41.

[4] Merlin, *loc. cit.*, v° *Légitime*, sect. 6, n° 11.

Invoque-t-il les ordonnances royales, il trouve dans l'ordonnance de 1302 la preuve que Philippe le Bel a reconnu le droit romain par le droit commun de la France. Lorsqu'il s'appuie sur l'établissement des écoles de droit en France, et qu'il appelle à son aide les lettres de création de l'école d'Orléans, de 1312, il se garde bien de mentionner les distinctions et les réserves cependant si nettes de Philippe IV. Quand il invoque le témoignage des jurisconsultes, il ne cite guère que les romanistes, et s'il allègue les coutumiers, il façonne leurs doctrines à sa thèse, plutôt qu'il ne façonne sa thèse à leurs doctrines. Si on lui oppose Dumoulin, il répond que les principes de ce *sçavant feudiste*, comme il l'appelle, de cet *oracle du droit coutumier*, ont été posés dans la matière exceptionnelle des fiefs, et qu'au surplus il *fait paraître quelque doute;* tandis qu'ailleurs il donne expressément la primauté au droit romain, par exemple dans ses notes sur les coutumes de Bourgogne et de Vitry, dans ses notes sur le *stylus Curiæ Parlamenti*, et dans ses conseils. Mais le conseil XV, cité par Bretonnier, est donné à Montbelliard, en pays de droit romain, *actum Montbelgardi :* quoi de surprenant dès lors qu'il qualifie ce droit de droit commun [3]? Les notes sur les coutumes de Bourgogne et de Vitry se rapportent au droit coutumier et non au droit romain, c'est celui-là et non celui-ci qu'elles qualifient de *jus commune*. Le droit coutumier admet généralement la représentation successorale indéfiniment en ligne directe descendante, et avec certaines restrictions en ligne collatérale [1]; la coutume du duché de Bourgogne l'admet à l'infini sans distinction, dans son article 70 : *Hic paragraphus*, note Dumoulin,.... *non corrigit* JUS COMMUNE *nisi in herediis in quibus representationem statuit in infinitum* [2]. — La réponse est la même pour la coutume de Vitry; dans sa note, d'ailleurs, quelques mots avant ceux que cite Bretonnier, on lit : *Quamvis tota hæc consuetudo nihil dicat de souffrance..... tamen tacitè intelligitur et suppletur ex reliquis vicinis consuetudinibus, et ità sub hâc consuetudine vidi observari* ET BENÈ. *Idem in similibus omissis casibus sed habentibus æquitatem et usum locorum vicinorum* [3]. — Ainsi des autres arguments de Bretonnier ; une réfutation plus étendue deviendrait une redite.

---

[1] Bretonnier, *Préface* des œuvres de Henrys (Paris, 1708).

[2] Id., *loc. cit.*, vo 1re *preuve*, in fine.

[3] Dumoulin, *op. omn.*, t. III, p. 73, cons. 15, nos 11, 14, 20.

La cause des romanistes est désormais perdue. En faut-il une dernière preuve ? Cette prohibition malencontreuse que Lizet a jetée dans la coutume de Berry sur l'institution contractuelle, est, dès le XVII^e siècle, tellement restreinte par la doctrine et les arrêts, que peu s'en faut qu'elle ne soit en réalité effacée. « Ces articles, dit la Thaumassière, en parlant des textes qui « la contiennent, étant contraires au *droit commun* de notre « France, on les doit prendre à l'étroit sans les étendre hors de « leur cas : *Nam quæ contrà rationem juris introducta sunt, non* « *trahuntur ad consequentias* [4]. »

Le XVIII^e siècle conserve et entretient ces traditions : le droit romain n'a plus, dans les pays coutumiers, comme l'enseignait Dumoulin, qu'une autorité de raison, la force légale appartient au droit national sans partage. Ecoutez d'Aguesseau : « Comme si les grandes destinées de Rome n'étaient pas encore « accomplies, elle règne dans toute la terre par sa *raison*, après « avoir cessé d'y régner par son *autorité*. On dirait en effet que « la justice n'ait dévoilé pleinement ses mystères qu'aux juris- « consultes romains..... C'est peu pour eux d'avoir interprété la « loi des Douze-Tables et l'Edit du Préteur, ils sont les plus sûrs

---

[1] Merlin, *Répertoire*, v° *Représentation*, sect. 1, § 2.

[2] Dumoulin, *op. omn.*, t. IV, p. 332.

[3] Id., *op. omn.*, t. IV. pag. 315.

[4] La Thaumassière, *Questions sur la cout. de Berry*, cout. 1, chap. LVII.

« interprètes de nos lois mêmes, ils prêtent pour ainsi dire leur « *esprit* à nos usages, leur *raison* à nos coutumes, et par les principes qu'ils nous donnent, ils nous servent de guides, lors « même que nous marchons dans une route qui leur était inconnue[1]. »

Etudiez maintenant les ordonnances auxquelles l'illustre chancelier a attaché son nom, et vous y trouverez le reflet de ses paroles : « Entre l'esprit du droit romain, toujours favorable à « la liberté indéfinie des testateurs, et celui du droit français qui « semble n'avoir travaillé qu'à restreindre et à limiter leur pouvoir[2], » quelle est la tendance suivie par l'Ordonnance de 1735? Demandez-le aux dispositions qui frappent de nullité les testaments faits verbalement, ou par signes, qui entourent la rédaction de ces actes des formalités et des conditions les plus rigoureuses, qui assurent à la légitime une protection si marquée[3]. Demandez-le surtout aux articles nombreux qui vous présentent à chaque pas les principes du droit écrit en matière de testament, et les textes des coutumes qui ont suivi ces principes, comme des règles de droit exceptionel, dont on tolère l'application, lorsqu'on ne les modifie pas[4]. Quel est encore l'esprit qui dirigeait le législateur de 1731, lorsqu'il édictait contre la donation à cause de mort, institution toute romaine, une prohibition restrictive qui se rapprochait beaucoup d'une abolition[5]? « La justice, dit le préambule de l'ordonnance des « donations, devrait être aussi uniforme dans ses jugements que « la loi est une dans sa disposition, et ne pas dépendre de la « différence des temps et des lieux, comme elle fait gloire d'ignorer celle des personnes..... Le principal objet des lois est « de prévenir les procès, encore plus que de les terminer, et la « route la plus sûre pour y parvenir est de faire régner une telle « conformité dans les décisions que si les plaideurs ne sont pas « assez sages pour être leurs premiers juges, ils sachent au « moins que dans tous les tribunaux ils trouveront une justice « toujours semblable à elle-même par l'observation constante « des mêmes règles. »

---

[1] D'Aguesseau, 13e mercuriale (œuvres, t. I, p. 259).

[2] Préambule de l'ordonnance de 1735.

[3] Ordonn. de 1735, art. 1, 2, 3, 23 à 27, 40 à 45, 52 à 54, 61, 76.

[4] Id. de 1735, art. 4, 14, 15, 16, 17, 22, 24, 44, 45, 46, 52, 53, 68, 75.

[5] Id. de 1731, art. 3.

Au terme de cette exploration dans le domaine de la nationalité juridique, constatons un dernier fait qui se produit habituellement dans toutes les luttes, quelles qu'elles soient. En France, au xviiie siècle, il se fait une réaction contre le droit romain; il est, dit-on, passé d'usage, *antiquatum et quasi obsoleti usûs*, on le traite comme un droit étranger, *romanasque leges velut peregrinas haberi*; ses principes qu'on vante tant, dit-on encore, ne sont que l'expression de vérités naturelles dont chaque homme retrouve en lui la notion et le sentiment: *quæcumque tàm sapientissimè definiverunt de omnibus vitæ negotiis, ipsa naturalis dictavit ratio; hujus autem in omnium nostrum animis indita eadem notio est* [1]. Pothier et d'Aguesseau se présentent alors pour défendre le droit romain des attaques qui l'assaillent. Mais n'allez pas croire qu'ils relèvent, à l'appui de leur défense, la thèse de Bretonnier. Dans l'éloge qu'il fait du droit romain, Pothier le montre comme la source la plus pure de cet esprit juridique qui doit animer les ministres de la justice, *efficacem informandæ in animis per omnia juridicæ rationi vim ac potestatem*; sans lui, poursuit-il, le droit national n'aurait ni lien, ni ressort, et son étude chargerait la mémoire de vains détails, *nec certam ac continuatam juris rationem offerunt, aut ullum stabile legum artificium nisi arte quâdam connectantur invicem, quæ ars non aliundè quàm ex Romanæ prudentiæ libris potest accessiri*; si le droit français a ses institutions particulières, que ne doit-il pas au droit romain? Enfin n'est-ce pas à l'éclat de la loi romaine que se sont formés les d'Argentré, les Loyseau, les Dumoulin [2]? Nous avons entendu déjà d'Aguesseau répondre aux rationalistes, adversaires de la jurisprudence romaine [3]. Nulle part ni Pothier ni d'Aguesseau ne reconnaissent au droit romain en France une autorité légale. Pothier aurait prêté l'appui de son nom à la thèse de Bretonnier, que ses livres viendraient encore protester contre sa propre opinion: d'Aguesseau aurait ouvert la voie à un mouvement romaniste, que l'Ordonnance de 1735 donnerait à cette tendance passagère un démenti solennel. Pothier et d'Aguesseau, ici comme partout, sont donc encore de l'école de Dumoulin: ici, comme partout, on peut donc, à l'aurore des temps modernes, constater le triomphe du principe relevé au xvi^e siècle par Dumoulin.

---

[1] Pothier, *Pandectæ Justinianeæ*, præfatio, 3a pars, caput I, art. 2. § 3, 11, nos 1 et 3.

[2] Pothier, *loc. cit.*, ib., ib., ib., no 2.

[3] D'Aguesseau, *loc. cit.*, ib., ib. « Malheur au magistrat qui ne craint point « de préférer sa seule raison à celle de tant de grands hommes, et qui, sans « autre guide que la hardiesse de son génie, se flatte de découvrir d'un simple « regard, et de percer au premier coup d'œil la vaste étendue du droit sous « l'autorité duquel nous vivons. »

CHAPITRE VII.

Résumé.

Considérée dans son ensemble, l'influence de Dumoulin sur la législation française, présente un caractère d'universalité qui frappe dès l'abord et lui donne une physionomie à part. Vous trouverez au xvi^e siècle des hommes dont le nom a rempli le monde, et est resté dans l'histoire, comme le résumé le plus complet d'un grand mouvement ou d'un grand progrès: vous n'en trouverez pas dont le nom, comme celui de Dumoulin, ait, dans les sphères les plus élevées, frappé tous les échos en même temps. L'histoire politique et nationale du pays le compte au nombre de ses plus illustres héros, la guerre religieuse le place au premier rang de ses plus terribles combattants, la science revendique sa gloire, l'école sa renommée, le barreau son souvenir: la législation française le tient pour un de ses fondateurs, et le Code Napoléon peut à juste titre le mettre au nombre de ses aïeux.

En regard de cette grande figure de Dumoulin, le seizième siècle nous offre, dans la sphère juridique, le nom de Cujas. Un rapide parallèle entre ces deux génies fera mieux ressortir encore le caractère particulier du premier.

Cujas, comme Dumoulin, a dévoué sa vie entière à une pensée d'organisation et de réforme. Avant lui, l'école Bartoliste enchaînait sous l'autorité du maître l'intelligence de l'élève; la méthode analytique, poussée à ses dernières conséquences, avait défiguré les puissantes conceptions des jurisconsultes romains; la science du droit ressemblait à un océan sans bornes, d'où l'on avait à peine quelque espoir de sortir, lorsqu'une fois on s'y était engagé; les textes de la législation romaine étaient comme les membres d'Hippolyte, qu'une vie d'homme ne suffisait pas à rassembler; enfin Duaren pouvait comparer l'élève de Bartole à cet homme dont parle Lucien, qui, assis sur les bords de la mer, essayait de compter les vagues qui s'amoncelaient, jusqu'à ce que les flots s'accumulant eussent dérangé son calcul, et qui se tourmentait l'esprit, parce qu'il n'en pouvait fixer le nombre[1].

Alciat le premier rompit le charme. Déjà la tyrannie de la glose avait plus d'une fois paru lourde à certains Bartolistes. Fulgosius rapporte qu'un jour qu'il discutait à l'école, son adversaire lui opposa la glose, il répondit par un texte du droit; eh quoi! reprit l'adversaire, tu contestes l'autorité de la glose : *Tu loqueris contra glossam quæ dicit sic?* — Que m'importe la glose? répliqua Fulgosius : *et si glossa dicit sic, ego dico sic.* Les assistants demeurèrent stupéfaits, Fulgosius lui-même s'étonna de son audace, il la traita plus tard d'ignorance, *ignarus auctoritatis glossatorum,* et, comme pour réparer son blasphème, il tint toujours la glose en grand honneur : *in judiciis malim authoritatem glossatoris pro me habere quàm textum*[2]. Le mot n'en resta pas moins, Alciat le développa au siècle suivant, à l'école de Bourges.

Littérateur autant que jurisconsulte, Alciat ouvrit une nouvelle voie à la science, en retournant aux textes que les Bartolistes avaient abandonnés, en cherchant dans les lois romaines le reflet des mœurs romaines, et dans la littérature latine l'empreinte des lois et des mœurs de Rome. Il appela à son aide les trésors que la Renaissance venait de répandre sur le monde, et, grâce à son initiative, la législation romaine se ranima au souffle régénérateur des poëtes, des historiens, des philosophes et des orateurs de l'antiquité. Alciat ouvrit la route à Cujas.

Cujas alla plus loin que son devancier : de même que Dumoulin, par l'influence de son génie, donna l'existence de l'avenir aux principes créés avant lui par l'école des légistes, de même Cujas, par l'impulsion de sa main puissante, conduisit la science du droit romain dans les voies de la méthode historique aperçues avant lui par l'école de Bourges. Laissant de côté la glose et Bartole, il interrogea le droit romain dans ses sources, s'appliquant à le recomposer, non plus avec des éléments italiens ou français, mais avec l'esprit romain. Comme Alciat, il vit dans les lois romaines le reflet des mœurs romaines, comme lui, il alla étudier les mœurs à leur source, c'est-à-dire dans la littérature contemporaine, et de cette alliance féconde sortit la méthode qui porte encore aujourd'hui son nom. Cujas enfin comprit que si l'analyse convient à la pratique, la synthèse est l'attribut nécessaire de la science; les Irnériens l'avaient senti avant lui, il revint sur leurs traces à la vérité. Dirigé par un esprit novateur, il prit surtout à tâche de faire revivre la grande époque de la jurisprudence romaine, et d'arracher à la compilation de Tribonien le secret du génie distinctif des Gaius et des Ulpien, des Paul et des Papinien. Aussi, à lire ses livres, se croit-on revenu à cette période brillante de l'histoire juridique de Rome où les maximes les plus élevées de la philosophie stoïcienne dominaient dans l'empire de la science, et, au témoignage de ses élèves, le souffle divin des jurisconsultes romains l'animait si puissamment, qu'il semblait, à l'entendre les interpréter, qu'ils parlaient eux-mêmes par sa bouche [1].

---

[1] « Ipsi sibi præscripserunt leges istas interpretandi..... tædiosissimas, quibus adstricti tot verba inania faciebant, tot nihil ad rem pertinentes quæstiones movebant, ut tironibus, *qui se huic oceano commiserant*, vix ulla spes esset, illum unquàm enavigandi. Deindè si qui inter illitteratissimas illas litteras consenuissent, id essent diuturnis vigiliis consecuti, ut universum jus Justinianeum, Bartoli et Accursii absinthio probè conditum devorassent..... nec tirones tàm sunt perspicaci ingenio ut ex tot relatis in Digesta et Codicem veterum legum fragmenta, *id est ex dispersis Hippolyti membris*, justum sibi jurisprudentiæ corpus et συστημά suo marte extruant. » (Heineccius, *El. jur. civ. rom.*, præfatio, p. 20.) — « Admirari soleo eorum stultitiam qui in vulgatissimis interpretum commentariis omnem ætatem terunt, ut indè singulorum negotiorum cognitionem hauriant, ei profectò non absimiles, cujus meminit Lucianus, qui in maris littore sedens, conabatur singulas undas pernumerare, donec undas undis trudentibus obrueretur, animoque angeretur, quòd eas numero amplecti non posset. » (Duaren, cité par Heineccius, *loc cit.*, p. 30.)

[2] Fulgosius, in l. *si in solutum*, c. *de obl. et act.*

Si Dumoulin voulait imprimer à la législation française un caractère d'unité nationale qui réunît le pays entier sous un même pouvoir et sous une même loi, Cujas voulait donc aussi, lui, ramener la science du droit romain à l'unité qui devait la régénérer. De part et d'autre, c'était une œuvre de géant qu'un génie seul pouvait entreprendre et conduire à fin. Mais si le but était le même, la sphère d'action était différente, les moyens devaient par conséquent l'être également. Cujas devait porter la réforme dans la science : il fut jurisconsulte, rien de plus. Dumoulin devait porter la réforme dans la législation : non-seulement il fut jurisconsulte, mais encore légiste.

---

[1] Les détails biographiques qui suivent sur Cujas sont pris dans la *Vie de Cujas*, par Berryat-Saint-Prix, à la suite de son *Histoire du droit romain*, dans l'*Histoire du Berry*, par M. Raynal. (T. III, liv. IX, chap. II... *Apogée de la faculté de droit*), et dans un opuscule du même auteur, *De l'enseignement du droit dans l'ancienne université de Bourges*, discours prononcé à la rentrée de la Cour de Bourges, le 4 novembre 1839. (Bourges, 1839)

Vous avez vu Dumoulin, mêlé à toutes les grandes querelles politiques et religieuses de son époque, ne rendre les armes qu'à la mort qui le surprend sur la brèche. Ne parlez pas à Cujas de se jeter dans les luttes qui déchirent son pays; qu'importe tout cela à l'édit du préteur? *Quid hoc ad edictum prætoris?* — Les yeux fixés sur les combats qui divisent l'Europe, Dumoulin est la sentinelle avancée de la royauté, et sa voix puissante domine dans le monde des controverses : Cujas, les yeux fixés sur les ruines de l'antiquité juridique qu'il évoque pour leur rendre la vie, demeure étranger aux bruits du dehors; et, tandis que la Ligue livre Bourges au pillage, il interroge patiemment les mystères du passé. A voir Dumoulin, on sent que la Réforme a passé sur l'Europe; à voir Cujas, on se croirait encore au temps de la Renaissance. Pour Dumoulin, la lutte est partout, sur tous les terrains : la glose et Bartole, pour Cujas, il n'y a pas d'autres adversaires : aussi, pour Cujas, le théâtre du combat, c'est l'école; pour Dumoulin, c'est le monde entier.

Entre le jurisconsulte de Bourges et le légiste de Paris, il y a un abîme : mais le génie saura les réunir dans le domaine de la science, ils se retrouveront sur le chemin de la gloire, sur le terrain de la foi religieuse, dans de communs malheurs, dans de communes persécutions.

L'enseignement de Cujas offre aux regards une longue période de triomphes, à partir de l'époque où l'ascendant de l'Hospital l'a mis enfin en possession de cette chaire de l'école de Bourges que la brigue lui avait si longtemps disputée. Il réunit autour de lui, il compte parmi ses élèves, des hommes que la science doit un jour compter parmi ses maîtres : les deux Pithou, qu'il rangeait lui-même au nombre des lumières du droit, *duo Pithoi, clarissima lumina;* Loysel, le coutumier populaire; Dupuy, le légiste éminent; Godefroy, l'illustre interprète du vieux droit romain; Ranchin, de Thou et les autres. Cette brillante famille lui sert d'escorte habituelle, et, lorsqu'il va visiter le théologien Maldonat, huit cents de ses élèves l'accompagnent, comme des enfants suivent leur père : c'est là sa couronne. Les rois eux-mêmes se disputent la gloire et les conseils de Cujas; il va porter en Savoie l'éclat de sa parole et l'appui de son autorité : Turin conservera longtemps le souvenir de son enseignement, mais en vain la munificence étrangère essaiera-t-elle d'attirer de nouveau Cujas, l'amour de la patrie est plus vif encore que l'amour de la gloire, le grand jurisconsulte est remonté dans la chaire de Bourges, la mort seule l'en fera descendre.

Suivez Dumoulin à travers l'Allemagne qu'il remplit de sa renommée, chacun de ses pas est un triomphe, chacune de ses paroles, un oracle.

Le landgrave de Hesse languit depuis longtemps déjà dans les fers où l'a jeté l'empereur après la défaite de la ligue luthérienne, et où l'ambition du duc de Nassau le retient captif; un procès qui semble mettre en question le sort même de ses États, et ne recouvre en réalité que d'ambitieuses menées, lui aliène l'esprit de Charles-Quint et prolonge sa captivité; trois arrêts ont consacré les prétentions de son rival. Dumoulin porte la lumière au milieu de ces ténèbres de cour, fait reluire le droit du landgrave et tomber ses chaînes. L'Électeur veut le retenir à Leipsick, le landgrave à Cassel, son amour pour la France lui fait repousser toutes les offres [1].

Le duc de Wurtemberg le nomme premier professeur à l'université de Tubinge, et deux ans après l'appelle auprès de lui comme son conseiller intime. L'Allemagne se presse en foule aux pieds de sa chaire, et la ville ne peut bientôt plus contenir les flots d'étrangers qui accourent de toutes parts, avides de sa parole. Le roi Ferdinand veut l'attirer à Fribourg, et lui offre à la fin la chaire depuis longtemps vacante de Zasius et le titre de conseiller privé; Dumoulin refuse encore : *sed nolui*, *malens in Galliam reverti* [2].

---

[1] Dumoulin, *ad Cons.*, *paris.*, tit. II, § 95..... « Mox Cæsarianos et Nassovien-
« ses omnes editionibus Katzenelbogenisbus expelli curavi, redintegrato
« illustri Vuilhelmo Hessio, ne quicquam obstantibus tribus arrestis in aulâ
« imperiali pro Nassoviensi comite contrà illustrem Philippum langravium
« Hessiæ latis..... Tentârant ejus (*Electoris*) consiliarii an vellem sub eorum
« principe Lipsiæ manere; quibus respondi me omninò Cassellas reversurum
« ad landgravium..... quo facto, jussu principis sui (*landgravii*) omnem mo-
« verunt lapidem quò me consiliarium et professorem inibi retinerent, ingen-
« tibus stipendiis et honestissimis conditionibus oblatis : *sed non tàm loci*
« *asperitas me deterrebat, quàm ne posteà mihi non liceret discedere in pa-*
« *triamque reverti*..... »

[2] Dumoulin, *loc. cit.*, ib., ib. — « Is (*Virtembergeius dux*) me statim pri-
« marum jurium professorem fecit in celebri suâ Tubingensi Academiâ, ubi
« mox non minori laude quàm miratione leges analyticas et practice inter-
« pretari cœpi..... Advenerat autem famâ nominis mei copiosa multitudo, ità

A Dôle, l'Université entière se porte à sa rencontre, les étudiants l'entourent, le recteur le complimente, le barreau dépose à ses pieds de respectueux hommages : bientôt l'intrigue le force à quitter la ville, mais il y revient plus tard, et les mêmes hommes l'y attendent. Sa chaire est assiégée chaque jour par une foule attentive ; pendant quatre mois, sa parole se fait entendre dans l'Université et y soulève l'admiration générale. O France ! s'écrient les poëtes, cesse de t'enorgueillir de tes autres gloires, le nom de Dumoulin te suffit :

Cessa aliis legum nunc te jactare peritis
  Francia, tàm multos quàm tua regna ferunt.
Unus si tibi sit Molinæus, præmia laudis
  Præ reliquis longè solidioris habes[1].

Cependant le duc de Bourgogne tente de séduire Dumoulin : mais en vain lui offre-t-il de le retenir pour toujours à Dôle, en vain veut-il le nommer premier professeur à Louvain ; Dumoulin refuse, il tient à sa liberté ; on lui ordonne alors de quitter la ville. Aussitôt l'Université se soulève, envahit la demeure des sénateurs, et voyant qu'elle ne peut obtenir le rapport de l'ordre, elle pille l'Académie et veut suivre Dumoulin à Besançon, où il va porter les lumières de son génie. Ce départ subit et forcé semble une honte pour la ville de Dôle ; le recteur et les magistrats s'empressent de protester de leur estime et de leurs regrets pour l'illustre jurisconsulte qu'ils viennent de perdre, ils ont dû obéir à des ordres supérieurs. La poésie elle-même se voile de deuil :

Flete, senes, plorate, viri, Dolanaque pubes
  Lugeat, amisso non habitura parem.

et l'expression des regrets publics couvre les murs des édifices et des temples[2].

« ut, plenis civium domibus, cogerentur in tabernis et hospitiis loca conducere..... Rex Ferdinandus me Frisburgum Brisgoiæ invitavit, locumque « Udalrici Zasii adhuc vacantem et consiliarii sui dignitatem obtulit..... »

[1] Dumoulin, *loc. cit.*, ib., ib. — « Initio itineris occurrit legatio Academiæ « ad me, et die ipsâ Epiphaniæ ad quatuor milliaria urbis obviam mihi venerunt turmæ scholarium, deindè legatio magnifici rectoris, nec non collegii « doctorum, et non pauci togati ordinis senatûs Dolani..... » — V. de plus (*Molin. op omn.* T. IV, p. 933), la pièce intitulée : *Ad Franciam de Carolo Molinæo jureconsultorum hujus ætatis facilè principe... Faulcherus Dolanus.*

[2] « Dolam venerunt duo regis Philippi legati..... suadentes ut promitterem « perpetuò Dolæ manere, vel Lovanii primam cathedram juris accipere ;

L'entrée de Dumoulin à Besançon est un triomphe, une garde d'honneur vient à sa rencontre, les étudiants lui servent d'escorte, comme à Dôle. Heureuse cité ! s'écrient les poëtes, tu possèdes Dumoulin dans tes murs. Partout la puissance s'incline devant le génie ; le génie à cette époque est une royauté [1].

A côté de la gloire, les persécuteurs ; au milieu du malheur, la constance invincible d'une âme élevée, l'impérieuse nécessité d'une grande mission à remplir.

Dès ses premiers pas à Toulouse, Cujas rencontra sur son chemin la brigue des Bartolistes, les intrigues de Bodin le forcent à quitter sa patrie. A Bourges, la passion jalouse d'un rival supplanté le poursuit jusque dans la chaire où l'Hospital l'a placé, et, quand il a cédé sous le poids de l'orage, le poursuit encore dans la personne de ses amis. A Valence, où il s'est retiré, il lui faut chercher dans la fuite un refuge contre la fureur des factions. De retour à Bourges, il jouit quelques années en paix de sa gloire et de ses succès : mais quand, revenu de Savoie, déjà courbé par l'âge, il assiste à toutes les horreurs de la guerre civile, sa renommée le protége à peine contre les poignards de la Ligue. En vain veut-il, par une neutralité prudente, s'isoler des luttes qui l'entourent, les partis opposés l'accusent, l'émeute gronde à ses portes. Enfin il expire de désespoir, pleurant sur les lois qui se sont enfuies à l'approche de la tempête. Et cependant, au milieu de ces revers qui le forcent à chaque instant de reprendre son triste pèlerinage, et lui font porter sa tente jusqu'à l'étranger, Cujas n'oublie pas la mission qu'il s'est imposée : à lire ses livres, on les dirait écrits sous la bienfaisante influence d'une paix profonde ; à entendre sa voix, on ne soupçonnerait pas que les éclairs, précurseurs de

---

« magna alterutro casu promittentes : cùm neutrum voluissem, is (*Philippus*) capitaneum misit qui..... jussit intrà triduum excedere..... hoc audito, « scholares scholas diripuerunt, tecta scalis admotis dejecturi, nisi nox obstitisset..... » — V. encore (*Mol. op omn.* T. IV, p. 935 et 937), deux pièces, l'une sous le titre : *Litteræ testimoniales magnifici rectoris collegii, doctoris et almæ universitatis Dolanæ*, et l'autre sous le titre : *Elegiacum carmen Stephani Stratii, quo immaturum et tristem discessum D. Caroli Molinæi..... verè atque ex animo deplorat*..... Au bas de cette dernière pièce, on lit : *D. Stratii primarii jussu per templa et compita Dolæ affixum dominicâ* 15 *dec.* 1556.

[1] Dumoulin, *ad Cons. Paris.*, t. II, § 95. V. aussi (*Mol. op., ub. sup.*, p. 924), la pièce intitulée : *In ipsius Caroli Molin. Vesuntin. ingressum Ferrucii Julioli Vesuntini elegiaca concitatio.*

l'orage, sillonnent la nue ; à voir cet auditoire recueilli qui entoure sa chaire, on ne croirait pas que Guise est aux portes de la ville[1].

On a vu déjà Dumoulin échapper par l'exil aux fureurs populaires, et par la fuite aux passions calvinistes : abandonné de tous, on l'a vu demander à l'étranger un asile contre les rigueurs de sa patrie : condamné par le pouvoir même qu'il avait défendu, on l'a vu payer son dévouement de sa liberté. Au milieu des honneurs qui accompagnent sa marche à travers l'Allemagne, vous le trouverez encore livré à chaque pas aux traits de la haine et de l'envie. A peine est-il à Tubinge, que de sourdes menées cherchent à l'en chasser, la protection du duc de Wurtemberg l'y maintient à grande peine. Rappelé par le landgrave de Hesse, il devient le conseiller intime du prince Georges, son gendre, mais bientôt il refuse de servir l'ambition de ce prince contre la justice et le droit, on l'entraîne à Montbelliard, on le traite comme un criminel, enfin, après d'odieuses persécutions, on le jette dans la forteresse de Blammont, d'où le courage de son héroïque épouse, Louise de Beldon, pourra seul le tirer. Lorsqu'il a recouvré la liberté, à peine jouit-il à Dôle de quelque repos, l'envie l'arrache presque aussitôt à ses études et à son enseignement. N'allez pas croire qu'au milieu de cette existence sillonnée par les revers, le légiste oublie un seul instant la tâche qu'il s'est imposée : sa vie est une lutte constante partagée entre la controverse politique, la discussion religieuse et l'étude scientifique, elle marque chacun de ses pas d'un chef-d'œuvre nouveau. Quand la lutte politique est terminée, Dumoulin commente le glossateur Alexandre (1543 et 1544) : une querelle aussi vive que profonde divise les théologiens, les canonistes et les jurisconsultes sur la matière du prêt à intérêt, Dumoulin écrit son *traité des usures* (1545 et 1546) ; la même année, il sonde les ténèbres de la science sur l'*interesse* ; en 1548 il commente Dynus ; un procès s'élève entre lui et son frère, ses requêtes au Parlement deviennent des traités qui fixeront la doctrine et la jurisprudence sur la révocation des donations, (1549). Il annote le *stylus curiæ Parlamenti* (1560). A la même époque, il suit Henri II aux grands jours de Moulins, les leçons publiques qu'il donne à cette occasion seront les éléments d'un traité sur la réserve, en matière de dispositions gratuites. En 1551, il commente les règles de la chancellerie et le droit canon [1].

---

[1] V. Themis, t. IV, p. 385 et 204 (articles de MM. Berryat-Saint-Prix et de Savigny). — V. dans M. Raynal, ce qu'un poëte contemporain, Barthélemy-Aneau, dit des étudiants de son temps :

En 1552, s'ouvre la lutte religieuse. Quand elle s'est refermée, vous avez vu Dumoulin, enseigner à Tubinge, à Dôle, à Besançon; prisonnier à Montbelliard, il répond au prince Georges, qu'il n'a jamais prostitué sa science à la défense de l'injustice, et que s'il a assez vécu pour lui, il n'a pas encore assez vécu pour les autres, *satis mihi, sed non satis quibusdam aliis vixisse* : prisonnier à Blammont, c'est au fond de son cachot qu'il compose son *Extricatio labyrinthi dividui et individui.* Lorsqu'il a recouvré la liberté, il ne regrette qu'une chose, ses livres qu'on a retenus à Montbelliard; en vain Louise de Beldon veut le ramener à Paris, ses livres le retiennent à Dôle, et peu s'en faut que l'amour pour ses livres ne compromette de nouveau sa liberté [2].

Les calomnies, les injures, les persécutions qui l'accueillent à son retour en France, n'ébranlent pas sa foi dans l'avenir, il ne s'en plaint que pour regretter le temps qu'il a perdu à les repousser, et le trouble qu'elles ont jeté dans ses études. Il y eut néanmoins un moment dans sa vie, où Dumoulin sembla douter de lui-même et s'affaisser sous le poids des malheurs qui renaissaient à chaque instant devant lui. Louise de Beldon vient

---

..... *Silent, arrectisque auribus adstant.*
Et dictata quidem pars chartis excipit albis,
Pars animo memori, plenisque auditibus haurit. (*Loc. cit.*, p. 405.)

[1] Dumoulin, *ad Cons. Paris.*, t. II, § 95. « Disceptatio mea cùm sit habita « quorumdam invidorum operâ in vulgus evasit ad finem januarii : ità ut « omnes in me fremerent tanquàm religionis correctorem, eoquè citius ejiciendum censerent quantò majore et doctrinâ et authoritate perpollerem. » (Dumoulin était alors à Tubinge). — « Dùm me deceptum et velut captivum « duci in prædam animadverti, aliquantò me equis citatis exilientibus in triumpho, aliis ponè circumdantibus, sed animum præsentem et ad omnia paratum dedit mihi Deus, in quo semper sperabam et quem semper per Christum invocabam..... in arce Montbelgardensi incluserunt, quæ cùm satis tuta « non esset..... per susterraneos cerniculos et currui clauso inclusum..... in « arce Blactuentensi ad septentrionales radices Juræ montis incluserunt... »

[2] Dumoulin, *loc. cit.*, ib., ib. — « Quanquàm enim maximum me patriæ « teneret desiderium..... tùm Dolæ subsidendo spes erat libros meos à comite « Georgio vi retentos recuperandi suffragio et senatûs, et urbis, et Academiæ. »

de mourir à son retour d'Allemagne, après avoir arraché Dumoulin aux prisons de Blammont. *O ingrata volumina*, s'écrie le légiste, *insanos et ingratos labores, ut nemo mihi sanè sexcentis helleboris et anticyris dignus huic meœ sorti invideat.* Mais il se lève presque aussitôt, et reprend sa route[1]. Les poëtes disaient, comme il quittait Dôle :

Tu verò, Molinæe, graves tot volvere casus
  Quandoquidem te jàm numina læva sinunt,
Perfer et infractis obdura viribus usquè,
  Dùm veniat, pulsâ nube, serena dies.

Il accepte leur présage, et quand, dix ans plus tard, la mort vient glacer sa main, il a une fois encore parcouru le cercle entier de la science, une seconde fois il est descendu dans l'arène religieuse, enfin, quand elle arrive, il termine à peine ses notes sur les coutumes, et elle manque le surprendre au milieu de son travail[2].

Une remarquable coïncidence réunit par hasard Cujas et Dumoulin dans un malheur semblable, au milieu de circonstances identiques.

Qui ne se souvient de Cujas, abîmé dans une douleur profonde, accablé par la mort récente de son fils, son unique espoir, dominant néanmoins son chagrin, et commençant sa leçon, au milieu d'un auditoire recueilli ! Mais bientôt la douleur l'emporte, les sentiments de la nature vainement comprimés se réveillent avec une force nouvelle, les sanglots arrêtent sa voix. L'auditoire entier fond en larmes à ce spectacle, et, comme pour rendre hommage à ce deuil sublime, reconduit en silence Cujas à sa demeure[3].

Dumoulin est à Besançon. Deux jours encore, et sa voix doit se faire entendre dans l'Université, les auditeurs, avides de sa parole, se pressent en foule dans la ville : soudain il apprend la mort de son épouse, Louise de Beldon. Étouffant sa douleur, il monte en chaire et soutient courageusement cette héroïque contrainte. Mais à peine sa leçon est-elle achevée, que le manteau de stoïcisme dont il s'était enveloppé, tombe de lui-même, ses sanglots éclatent, et, la parole voilée de pleurs, il annonce à son auditoire le malheur qui vient de l'atteindre. Le sénat l'entoure, à peine veut-on croire le messager, porteur de la fatale nouvelle, on l'interroge, on le presse : enfin l'Université, forcée de laisser Dumoulin s'éloigner, l'accompagne en deuil jusqu'aux limites de la province [1].

---

[1] Dumoulin, *loc. cit.*, ib., ib.

[2] Id., *loc. cit.*, ib., ib., et *op. omnia*, t. IV, p. 935.

[3] M. Raynal, *de l'Enseignement du droit*, etc., p. 16.

Cujas et Dumoulin se sont encore rencontrés sur le terrain des opinions religieuses. Tous les deux, ardents défenseurs de la réforme, ils ont professé ses doctrines et ses principes. Mais, par un singulier rapprochement entre leur foi religieuse et leur mission scientifique, ils ne les ont pas professés dans la même sphère ni sur le même théâtre. Cujas est protestant dans ses livres et dans sa croyance ; en dehors de là, rien dans sa vie ne révèle le luthérien, il n'a point pris parti dans les querelles religieuses de son époque, il n'a combattu pour sa foi ni de la plume ni de l'épée. Dumoulin, au contraire, a mêlé son nom à toutes les controverses religieuses de son temps, il n'est peut-être pas un de ses livres où l'on ne retrouve le réformé, sans cesse les armes à la main, toujours au plus fort de la mêlée. Cette différence s'explique d'elle-même : Cujas n'a été que jurisconsulte, or la science ne connaît pas de partis religieux, non plus que de sectes politiques, elle peut vivre indépendante des uns et libre des autres. Dumoulin n'a pas été seulement jurisconsulte, mais surtout légiste, et qui dit légiste, dans notre histoire, dit homme de la lutte politique, homme des querelles religieuses [2].

---

[1] Dumoulin, *loc. cit.*, t. II, § 95. — « Pridiè Epiphaniæ publicavi in urbis « et in senatûs gratiam novam et analyticam interpretationem l. *qui Romæ* « *de verb. obl.* Ipsâ die Epiphaniæ serò repens nuncius venit de obitu uxoris; « dolorem compressi, et dissimulavi ut potui, triduo sequenti lecturus, ut « etiam interiùs sarcinas componerem. Jàm enim ornatæ erant scholæ illæ « amplissimæ, nec potuissem tam amandissimos et benemeritos cives et senatores illudere : ultrà mille auditorum numerabantur, ultrà sesquihoram « legebam..... cùm cæpissem è pulpito descendere, rursus ascendi, nuncia « illa luctuosissima detexi, divini naturalis et humani juris necessitatem me, « ut liberis orphanis consulerem, avocantem, nec moram patientem, triduo « me sustinuisse..... non paucis excussæ sunt lacrymæ, descendentem circumdedit frequens senatus : viderunt nuncium præsentem meque nihil « fingere..... Die verò sequenti frequentes me ad fines ditionis suæ comitati « sunt, omnia offerentes si ad eos reverti possem. » — Après la mort de Louise de Beldon, Dumoulin épousa Jeanne du Vivier : *quæ res*, dit-il lui-même en parlant de l'intérêt de ses enfants, « et *recentia furta domestica* « me impulerunt ut providam, pudicam et benè natam uxorem deligerem. »

[2] Les Luthériens ardents faisaient un crime à Cujas de sa réserve ; Gentilis, le comparant à Doneau, disait de ce dernier : *A Cujacio non tàm doctrinâ*

Ainsi unis d'un côté, ainsi séparés d'un autre, dans le présent, Cujas et Dumoulin seront encore unis sur le même terrain, sur le même terrain aussi séparés, dans l'avenir. Cujas sera l'oracle de la science du droit romain, les romanistes appelleront de son nom le siècle qui vit briller sa gloire, *Cujacii sæculum*, ils désigneront de son nom la méthode qui fit sa renommée, *Cujaciana ratio:* les étrangers eux-mêmes respecteront sa mémoire et suivront ses enseignements; enfin, après trois siècles, la réforme de Cujas sera encore la règle de l'école. Mais le renom du jurisconsulte de Bourges ne sortira point de l'enceinte où il s'est lui-même enfermé; son autorité ne planera point sur la législation d'un pays entier; les principes posés par sa haute raison ne serviront point de base à l'organisation politique d'une grande nation; les axiomes posés par son esprit généralisateur ne résumeront point les mœurs, les tendances, les institutions d'une grande époque de l'histoire du pays. Enfin, quand la civilisation aura mis au jour les résultats de ses labeurs pendant plusieurs siècles, le nom de Dumoulin, ses principes et ses idées, son esprit tout entier, viendront encore animer ces résultats d'un souffle immortel.

Le président Favre, voulant résumer d'un trait un parallèle entre Cujas et Dumoulin, disait de celui-ci : Si vous le comparez à Cujas, c'est un homme de rien, *qui, si Cujacio conferatur, homo nullus est*[1]. Et Bretonnier, le spirituel commentateur d'Henrys, ajoutait du ton malin qui lui est propre : « C'est un premier « président qui l'a dit, il n'y a pas à en appeler[2]. » N'en déplaise à Bretonnier, on peut frapper d'appel la sentence du premier président, et l'appel sera bien reçu au tribunal de la saine critique. Aussi j'aime mieux dire avec Fabrot que Dumoulin fut l'aigle du barreau, Cujas la lumière de l'école, *Carolum Molinæum clarissimum fori lumen fuisse, Jacobum Cujacium veteris jurisprudentiæ columen*[3].

Tel fut Dumoulin comme légiste. Tel fut Dumoulin comme jurisconsulte, l'homme de son siècle, le résumé le plus fidèle et le plus complet de son époque.

---

quàm religione ab illo sæpè simulatâ et dissimulatâ moribusque dissensit. (M. Raynal, *loc. cit.*, t. III, p. 426, nº 3.)

[1] Le président Favre, cité par Bretonnier, *sur Henrys*, t. II, p. 965.

[2] Bretonnier, *sur Henrys*, t. II, p. 965.

[3] Fabrot, cité par Brodeau. *Vie de Dumoulin*.

De son vivant même, l'admiration de ses contemporains rendait à son génie un juste tribut d'hommages. C'était un homme bon et simple, disait l'illustre de Thou, qui aimait son pays d'un amour que la langue humaine ne saurait rendre : *Vir bonus ac simplex, qui patriæ charitate suprà quàm dici potest inflammabatur*[1].

Il fut, ajoute Saumaise, le jurisconsulte le plus éminent de son siècle, et, après sa mort (honneur inconnu jusqu'alors), il fut permis de citer son autorité devant les Cours du royaume, à l'égal de celle des Papinien, à l'égal de la loi même : *Maximus ætatis suæ jurisconsultus, et tantæ, dùm viveret, auctoritatis, ut etiam nunc mortuo id honoris à summis regni curiis datum sit, ut allegari ab advocatis cum Papinianis, Paulis et Ulpianis possit*[2].

En un mot, on peut dire de Dumoulin, ce qu'il disait lui-même du roi : Il était la loi innée : Νομος ἔμψυχος[3].

AUBÉPIN,
Docteur en droit, substitut au Blanc (Indre).

DE LA RECONNAISSANCE LÉGALE

DES COMMUNAUTÉS RELIGIEUSES DE FEMMES ET DES EFFETS CIVILS QU'ELLE PRODUIT.

Par M. G. Bressoles, professeur à la Faculté de droit, membre de l'Académie de législation de Toulouse.

I. Les congrégations religieuses de femmes sont, aujourd'hui[4] comme autrefois[5], au nombre des corporations ou associations auxquelles peut appartenir le caractère de *personne morale* (*universitas*), et, avec lui, la capacité de *posséder* et d'*acquérir* des biens.

Les services « qui rendent ces communautés aussi utiles à la « société qu'elles sont chères à la religion par leurs vertus[6], » méritent bien qu'on leur donne le titre d'*établissement d'utilité publique*, quelle que soit la diversité de leur destination, *enseignante*, *hospitalière* ou *contemplative;* c'est pourquoi le législateur a voulu procurer à ces institutions, par la possession d'un patrimoine, les moyens de bien poser les bases d'une fondation, d'étendre leurs œuvres, d'en assurer la stabilité et même la perpétuité [1], autant qu'elle est possible dans les choses humaines.

---

[1] De Thou, cité par Brodeau, *eod. loc.*

[2] Saumaise, cité par Brodeau, *cod. loc.*

[3] Dumoulin, *ad Cons. Paris.*, t. I, § 1, gl. 3, n° 6.

[4] Lois du 2 janvier 1817 et du 24 mai 1825.

[5] Voy. *Rép. de Jurisp.*, v° *Mainmorte* (Gens de).

[6] *Monit.* du 21 février 1825.

II. Toutefois, pour qu'une congrégation constitue civilement une *personne morale*, il ne suffit pas qu'un certain nombre de femmes respectables se réunissent dans un *but* et sous un *titre* religieux ; il ne suffit pas non plus que l'autorité ecclésiastique [2] ait donné son approbation au nouvel institut, après avoir acquis la preuve que ces règles sont conçues de manière à assurer « la pratique des conseils évangéliques pour le plus grand bien « de ses membres et l'édification publique [3] ; » il ne suffit pas enfin, que le pouvoir temporel ne trouvant dans l'organisation de la communauté rien de contraire à l'ordre public, à la liberté individuelle, à la constitution de l'État, lui ait accordé une autorisation expresse, si elle est nécessaire [4], ou qu'il la couvre au moins de sa tolérance tacite : ces actes des deux puissances ne prouvent qu'une chose, c'est que la *police* de l'Église et de l'État ne voit pas d'inconvénient à l'existence de la congrégation, mais cela ne la fait pas encore entrer dans la vie civile comme *établissement public*.

C'est, en effet, un principe traditionnel dans le Droit [5] qu'une corporation quelconque ne devient *personne morale* qu'en vertu d'une *reconnaissance légale*, ayant spécialement pour but de lui conférer ce caractère : il en est de même pour les agrégations d'habitants correspondant à des circonscriptions territoriales. L'État seul n'a pas besoin d'un texte pour prouver sa capacité juridique, car elle lui est *essentielle*, tandis que les *départements*, les *communes* elles-mêmes ont dû recevoir sous ce rapport une consécration positive [1], que l'*arrondissement* et le *canton* ne peuvent invoquer [2].

---

[1] Exposé des motifs de la loi du 24 mai 1825; *Monit.* du 8 janvier 1825.

[2] Concil. Trident., sess. xxv, cap. 3 *de Regul.* — Devoti *Institut. canon.*, lib. II, tit. x, § 2 (edit. tert.).

[3] Mgr d'Hermopolis. — *Monit.* du 8 janvier 1825.

[4] La question de savoir si les lois restrictives de la liberté d'association sont applicables à la formation d'une communauté religieuse a été vivement controversée il y a quelques années; voyez les citat. pour et contre dans la Jurisp. du XIXe siècle, v° *Communauté relig.*

[5] Voy. L. 1, ff. *Quod cujusq. univ.* — L. 20, ff. *de reb. dub.* — Merlin, v° *Mainmorte* (Gens de).

Or, ces règles ont toujours été appliquées et sont encore spécialement applicables aux congrégations religieuses de femmes.

Le Droit antérieur à la Révolution exigeait, le fait est certain, leur reconnaissance officielle par lettres patentes, registrées en Parlements ou en Conseils supérieurs [3]; quant à la législation transitoire, il n'en peut être question sur ce point, et, de grâce, franchissons-la; enfin, depuis le rétablissement du culte catholique, il est incontestable que le cachet de la *reconnaissance officielle* est exigé pour les congrégations, comme pour les autres personnes morales. Il a pu y avoir sans doute, jusqu'en 1817 et 1825, des opinions diverses sur la *nature de l'acte souverain*, loi, décret ou ordonnance, par lequel une communauté de femmes pouvait être déclarée *établissement d'utilité publique* [4]; on a pu varier sur la *destination* que devait avoir la congrégation à reconnaître [5]; mais la nécessité de l'autorisation ne fut jamais niée ou contestée. C'est pourquoi elle a été maintenue par les lois du 2 janvier 1817 et du 24 mai 1825 qui, avec le décret présidentiel du 31 janvier 1852, ayant force de loi, composent sur ce point notre législation actuelle. Il en résulte aujourd'hui les deux règles suivantes : en premier lieu, c'est au *pouvoir législatif seul* qu'appartient, en général, le droit de reconnaître les congrégations religieuses, si ce n'est dans les cas exceptionnels indiqués par la loi de 1825 elle-même, et surtout par le décret de 1852 qui, « dans l'intérêt du peuple, » selon ses expressions [6], a facilité ces reconnaissances de communauté; en second lieu, la *destination* de la congrégation n'est pour rien dans l'aptitude à être reconnue; aussi, quoique, en fait, aucune autorisation n'ait été donnée à des communautés *purement contemplatives,* si ce n'est à des *maisons de refuge* [1], et quoique le décret bienfaisant de 1852 ne parle que des congrégations consacrées à l'*éducation de la jeunesse et au soutien des malades*, rien, dans les lois de la matière, ne s'opposerait à la reconnaissance comme *établissement public* de communautés *contemplatives,* et c'est justice. L'avis du conseil d'État, en date du 18 mars 1836, qui ne trouve pas que ces communautés soient utiles au public [2], ne nous touche nullement, et l'utilité de ces établissements est pour nous claire comme le soleil. Nous disons à leur sujet, ce qui fut dit dans la discussion de la loi de 1825 : « La perfection de la vertu « des religieuses qui les composent fait voir jusqu'où l'Évangile « peut élever la faiblesse humaine ; leur fidélité à la pratique des « conseils prêche bien éloquemment l'observation des pré« ceptes [3], et l'esprit du chrétien se repose avec confiance sur « ces victimes volontaires de la piété, qui semblent s'interposer « entre le ciel irrité et la terre coupable [4]. » Cette utilité en vaut bien une autre, ce semble.

---

[1] Voy. lois des 18 juillet 1837 et 10 mai 1838, devancées par le décret du 9 avril 1811, la loi du 18 juin 1797 et l'art. 542 Cod. Nap.

[2] C'est à tort que M. Proudhon, *Dom. privé*, III, p. 117, attribue, d'après le décret de 1811, la personnalité civile à l'arrondissement. — Voy. disc. de la loi du 10 mai 1838; Foucart, *Dr. administ.* 2, p. 542.— Cabantous, *Rép. écrit. sur le Droit administ.* — Demolombe, *Cours de Cod. Nap.* 9-334.

[3] Edit d'août 1749, art. 1 et suiv. — Voy. *Monit.* 1er février 1825.

[4] Voy. discuss. de la loi du 24 mai 1825. — *Monit.* des 8 janv., 1, 5, 6, 8 fév., 18 mars et 7 avril 1825.

[5] Le décret du 18 février 1809 n'admettait que des congrég. *hospitalières*; voy. av. du C. d'Ét. des 6 fév. et 25 mars 1811.

[6] Voy. les motifs insérés dans le décret.

Voilà donc où nous en sommes. Nulle congrégation ne devient *personne morale*, sans être légalement reconnue comme telle, et son incapacité juridique est incontestable jusque-là.

III. Mais ici une difficulté nous arrête.

Avant sa reconnaissance officielle, la communauté aura pu néanmoins exister *en fait* avec un caractère *d'unité collective*, sinon *légale*, et il en sera même ainsi *d'ordinaire*.

Les faits sont ceux-ci : Diverses personnes sont *associées* dans un *but commun*, vers lequel elles dirigent *toute leur activité ;* ce but est *visible* et se traduit au dehors par des *œuvres*. Ces personnes vivent ensemble et veulent vivre ainsi jusqu'à la mort; aucune d'elles ne se considère comme propriétaire pour elle-même, ni de la totalité, ni de la moindre partie des objets qui leur servent en commun ; si elles ont la disposition de quelques ressources personnelles, c'est à leur œuvre qu'elles les consacrent, et elles ne *peuvent empêcher* que des âmes charitables ne leur fassent aussi de pieuses largesses dans le même but : — ce sont des faits, — et pourtant, aux yeux de la loi, il n'y a point de *personne morale*, pas de masse ou de patrimoine commun : quelle est donc cette situation ?

---

[1] Vuillefroy, *Traité de l'administration du culte cathol.*, p. 175.

[2] Id., *eod.*, p. 185.

[3] *Monit.* du 8 janv. 1825.

[4] *Id.* du 18 mars 1825.

Théoriquement, rien de plus simple ; mais, hélas ! la théorie ne délie pas tous les nœuds !

Voici ce qu'elle décide : tant que l'association n'est pas reconnue, si elle a une maison, des dépendances, des capitaux, des rentes, etc., affectés à son œuvre, ces divers objets ne peuvent reposer que sur la tête des diverses personnes individuelles qui forment la congrégation ; cela n'est pas de droit nouveau : les textes du Droit romain[1] le consacrent, et l'art. 9 du célèbre Édit d'août 1749 le confirme pour les établissements de mainmorte en général. Telle est la solution théorique ; mais elle heurte les faits, car ces religieuses n'ont de propriétaire que le nom, et aucune d'elles ne consentirait, nous le répétons, à s'approprier une parcelle de ces valeurs : en sorte qu'on peut bien nier la communauté tant qu'on le voudra ; on ne pourra pas cependant et on n'a pas pu en faire complète abstraction dans la pratique.

Les preuves abondent à cet égard.

Ainsi, la Cour de cassation a jugé, le 22 décembre 1851[2], qu'une communauté non autorisée avait eu capacité pour toucher et employer à ses œuvres les capitaux et revenus appartenant à ses membres.

En suivant le même ordre d'idées, on avait pensé, dans quelques occasions, pouvoir concilier ce qu'ont d'absolu les principes théoriques sur la constitution des personnes morales, avec *l'existence de fait* de communautés non reconnues, en établissant par *contrat* entre les diverses religieuses une société civile, et cela nous paraît hors de critique, pourvu que les règles du Code Napoléon, sur le *contrat de société*, soient scrupuleusement observées ; mais ici la jurisprudence a déclaré de tels contrats illicites, comme déguisant des congrégations non autorisées[3]. L'existence *de fait* a paru devoir exercer une assez grande influence pour aller jusqu'à transformer en acte illicite un contrat qui eût été permis, sans aucune espèce de doute, entre des personnes qui ne se seraient pas liées par des vœux, que la loi civile déclare pourtant ne pas reconnaître. Peut-être est-il permis de penser que la Cour suprême, qui, sur la question de *société civile*, ne s'est prononcée *qu'en fait* dans l'espèce qui lui fut soumise, le 26 février 1849, déciderait autrement la *question de droit*, d'après les principes qu'elle a consacrés le 22 décembre 1851.

---

[1] Loi 20 ff. *de reb. dub.*

[2] Sir. 52, I, 33.

[3] Voy. Cass. 26 février 1849. — Sir. Dev. 49, I, 245. Voyez-y l'analyse des moyens du pourvoi, par M. Béchard.

De même, la jurisprudence annule comme faites à un incapable directement ou par personnes interposées [1], les libéralités adressées, soit ostensiblement à la communauté non autorisée elle-même, soit à l'un de ses membres, lorsqu'il est prouvé [2] que ce membre n'est que fidéicommissaire en faveur de l'association. — Mais si la congrégation non autorisée était réellement, aux yeux de la loi, comme *n'existant pas*, comment pourrait-on annuler de pareilles dispositions, au moins celles qui ont été faites nominativement aux *membres* de l'association ? car comment seraient-ils personnes interposées en faveur du néant ? Aussi n'est-ce qu'en ne poussant pas à l'extrême la fiction *d'inexistence*, qui n'est que légale, que la jurisprudence en question échappe au reproche de contradiction. D'une part, dit-elle, les membres composant la communauté ne peuvent s'approprier individuellement les dons ou legs, puisque *en fait* ce n'est pas à eux qu'ils sont destinés, mais à la communauté [3]; et, d'autre part, la communauté ne peut en profiter elle-même, parce qu'*en droit* elle n'est pas capable. Voilà comment on les annule.

L'existence *de fait* de la communauté n'est donc pas entièrement indifférente, puisqu'elle crée une *incapacité* légale pour la collection des individus qui la composent.

Mais voici un aspect sous lequel cette *incapacité juridique* va devenir bien embarrassante ; aussi n'en a-t-on pas tiré toutes les conséquences rigoureusement logiques. La fiction légale d'inexistence et l'incapacité qui en résulte sont impuissantes, on le comprend aisément, à arrêter en chemin toutes les libéralités faites à la communauté non autorisée; ainsi une main inconnue a fourni des fonds avec lesquels on a bâti le couvent, l'église, etc.; il est clair, quoi qu'on en dise, que c'est à *l'être collectif* sinon

---

[1] Cass. 5 août 1841 (Sir. 41, I, 875) et 5 juillet 1842 (Sir. 42, I, 590).

[2] Les dons ou legs sont valables, s'il est reconnu, en fait, que les donataires ou légataires ne sont point personnes interposées. — Cass. 26 avril 1842 (Sir. 42, I, 759).

[3] Cass. 15 nov. 1847. — Sir. 48, I, 134.

juridique, qu'on a donné, et c'est lui seul qui a dû profiter et qui a réellement profité de la libéralité, malgré le défaut d'autorisation. Il faudra cependant que telles ou telles des religieuses prennent individuellement la qualité nominale de propriétaire pour ces objets qui, en réalité, ne leur appartiennent pas; et voici ce qui va arriver : tant que ces propriétaires apparents vivront, nul n'osera sans doute leur contester leur qualité avec ses attributs, et elles s'en serviront pour le bien de la congrégation ; mais si elles transmettent de leur vivant ou à leur mort à un autre membre de la communauté, qui ne sera évidemment que fidéicommissaire envers celle-ci, — ou bien si elles meurent sans avoir pris aucune mesure à ce sujet, on verra s'il est toujours facile de faire entendre raison à des héritiers du sang, et il pourra arriver qu'un jugement se base sur *l'incapacité* de *posséder* de la congrégation non reconnue, pour déclarer que les religieuses, simples propriétaires apparentes, avaient cependant un droit véritable de propriété transmis à leurs héritiers ! Ce pourra être logique ; mais ce sera une décision spoliatrice envers les autres membres de la communauté; aussi quelques arrêts ont-ils préféré être justes que logiciens, et ont-ils seulement accordé aux héritiers du sang le droit de réclamer ce que la religieuse aurait employé de ses deniers pour procurer des acquisitions à la communauté plus tard autorisée ; ces décisions judiciaires ont donc considéré la communauté comme capable d'acquérir, même avant l'autorisation, et elles ont fait rétroagir les effets de cette dernière jusqu'à l'époque de ces acquisitions [1].

Il y a dans tout ceci des perplexités fort grandes. La *fiction* légale est aux prises avec des *réalités* inévitables et qui méritent le respect dû aux saintes choses, même quand elles ne sont pas positivement régulières devant la loi civile.

Aussi y a-t-il grand intérêt à se pourvoir d'autorisation.

IV. Supposons donc que cette reconnaissance officielle ait été légalement obtenue et voyons quels seront ses résultats, au point de vue du Droit civil.

Cette partie du sujet doit être étudiée *par rapport à la communauté* et par rapport aux *membres* qui la composent.

---

[1] Cass. 11 déc. 1832. — Sir. 33, I, 494. — Lyon, 8 mai 1844. — Sir. 45, 2, 389.

1° *Effets de la reconnaissance envers la communauté elle-même.*

La congrégation est devenue une *personne morale :* elle aura désormais un *temporel*, c'est-à-dire un patrimoine lui appartenant, que la loi protégera et qui sera distinct de celui des différentes personnes qui la composent (*universitas distat à singulis*) : tel est, en deux mots, le résultat immédiat de la reconnaissance.

Toutefois le régime auquel sera soumis ce patrimoine exige quelques observations.

La communauté se trouve d'abord régie par la législation des *personnes morales en général :* or, le droit commun ordinaire est aussi la loi des personnes morales dans tous les points où il n'y est pas spécialement dérogé pour elles ; donc les règles du droit ordinaire régiront aussi dans cette limite le patrimoine de la communauté. C'est ainsi qu'elle pourra notamment recevoir, acquérir et posséder des biens meubles et immeubles, les administrer et les régir. Les lois de 1817 et 1825 consacrent textuellement ce point de droit commun, et cela est d'autant plus remarquable que la capacité de posséder des *immeubles* n'a pas toujours été accordée aux établissements de mainmorte et en particulier aux communautés religieuses. L'édit d'août 1749 (art. 17), la loi du 18 germinal an X (art. 72 et 73), et le décret du 19 février 1809, avaient, à ce sujet, des vues moins libérales [1]. Voilà la part faite au droit commun. — Mais nous avons annoncé que ce droit reçoit quelques modifications dans son application aux personnes morales, et cela se conçoit très-bien, vu la nature exceptionnelle de ces personnes : la congrégation autorisée devra donc subir aussi ces modifications. Ainsi, l'art. 619 du Code Napoléon, concernant la limitation à trente ans de l'usufruit qui appartient aux personnes morales, les art. 1712 et 2045 sur les formes administratives requises pour la validité des baux et transactions qui les intéressent, les art. 2121 et 2153, relatifs à l'hypothèque légale des établissements publics sur les biens de l'administrateur comptable, régiront en ces cas la congrégation reconnue ; en un mot, elle sera soumise à ce qu'on appelle d'une manière générale la *tutelle administrative*, exercée par voie d'autorisations gracieuses, soit pour accepter des dons ou legs, soit pour ester en justice, soit enfin pour aliéner ses biens [1]. Il y aurait une étude fort intéressante à faire sur cette sorte de *tutelle* des personnes de *mainmorte*, dont les causes et les prétextes ont varié selon les époques [2]. Elle fut surtout appliquée, dès les temps les plus reculés [3], aux établissements ecclésiastiques, à cause de la faiblesse temporelle de l'Église ; mais cette faiblesse elle-même favorisa plusieurs fois des spoliations, dont la célèbre légende de Saint-Euchère, relative aux confiscations de Charles Martel, et que nous a conservée Baluze, est l'un des plus piquants témoignages [4]. De nos jours, l'intérêt des familles et celui des communautés elles-mêmes sont les seuls et vrais motifs qui servent de base à l'exigence de ces autorisations.

---

[1] Une ordonnance du 10 juin 1814 avait bien préjugé la capacité de posséder des immeubles ; mais une loi parut nécessaire. — Voy. *Exp. des mot.*, par M. Lainé. — *Monit.* du 29 novembre 1816.

Ajoutons enfin que les biens des communautés sont soumis, comme ceux des autres établissements d'utilité publique, à la *taxe* dite *de mainmorte*, qui, d'après la loi du 20 février 1849, remplace les droits ordinaires de mutation, auxquels les soustrait leur inaliénabilité ordinaire.

La congrégation reconnue participe donc au *droit commun* et au *droit exceptionnel* des personnes morales en général.

Le législateur est allé encore plus loin : il lui a paru que ces communautés de femmes devaient même avoir une place à part au milieu des autres personnes morales, et être soumises, sous certains rapports, à des règles pour ainsi dire encore plus exceptionnelles.

Est-ce faveur ? est-ce suspicion à l'égard de ces établissements ? Il y a de l'un et de l'autre.

Ainsi, c'est en faveur des congrégations, et afin de leur éviter les charges et embarras qui accompagnent les legs universels ou à titre universel que, sur la motion de M. Lainé, la loi du 24 mai 1825 (art. 4) ne permet pour elles que des *legs particuliers*, par lesquels cependant elles pourront encore recevoir toute la fortune disponible des testateurs [5]. Mais c'est par la crainte de voir *trop facilement* gratifier les congrégations au détriment des héritiers présomptifs, que l'ordonnance du 14 janvier 1831 réprouve toute donation entre-vifs, faite à un établissement religieux *avec réserve d'usufruit* par le donateur, comme cela avait lieu très-souvent autrefois [1]. C'est le même sentiment de crainte poussé jusqu'à l'exagération, qui a dicté une autre disposition de la loi de 1825, dont il sera ultérieurement question avec plus d'à-propos, et qui restreint beaucoup la capacité des congrégations pour recevoir à titre gratuit.

---

[1] Voy. art. 910 et 937 Cod. Nap. et art. 1032 Cod. proc. — Voy. ord. 2 avril 1817 et 14 janv. 1831. — Voy. décrets du 30 janvier 1852 et du 25 mars 1852, art. 1, tableau A, 42° et 55° p. — Voy. Demolombe, *Cours de Cod. Nap.*, 8, p. 292 et usiv.

[2] Voy. Thibaut-Lefèvre, *Code des donations pieuses*, introduction, p. LIII à LVII. — Voy. motifs de l'édit d'août 1749.

[3] Voy. Guérard. *Polypt. d'Irminon*, § 281, t. I, pag. 534, et les preuves citées.

[4] Voy. Baluze. Capitul. 2, t. XXVII, pag. 102 et suiv. — Guizot, *Essais sur l'histoire de France*, in-8°, 1836, p. 130.

[5] *Monit.* du 11 février 1825.

Tel est l'ensemble du système légal sur le régime des communautés autorisées; devenues *personnes morales*, elles sont *capables des droits civils*, sauf quelques restrictions.

2° *Effets de la reconnaissance de la communauté par rapport à la capacité civile de ses membres.*

A l'époque où nos lois civiles sanctionnaient la validité des vœux de religion, faits à perpétuité, ils exerçaient une grande influence sur les droits civils des personnes qui les prononçaient. Sans remonter trop haut dans l'histoire, parce que cela est inutile, et sans examiner jusqu'à quel point on pouvait assimiler les religieux à des morts civilement, constatons que, d'après l'édit de mai 1522, ils furent incapables, d'une part, de recevoir aucun don ou legs et de recueillir aucune succession, et, d'autre part, de disposer de leurs biens personnels, à partir de l'émission de leurs vœux ou même dès leur noviciat [2].

Aujourd'hui, l'état de la législation civile a changé, on le sait, à l'égard des vœux religieux. Quelle que soit leur valeur et leur étendue spirituelle, la loi, même quand il s'agit de congrégations de femmes autorisées, ne reconnaît à leurs vœux qu'une durée limitée de cinq ans au plus [3], et, si ce n'est pour le mariage, et à titre d'empêchement seulement prohibitif pendant leur durée légale, elle ne leur accorde, en règle ordinaire, aucune influence sur la capacité civile, ni sur la liberté individuelle des personnes qui les ont prononcés.

---

[1] Voy. *Formules de Marculphe,* liv. II, chap. III. — Guizot, *Essais*, p. 111.

[2] Orléans, art. 19; Blois, art. 88. — Voyez *Code des donations pieuses,* p. 13.

[3] Décr. du 3 messidor an XII, art. 3. — Décr. du 18 février 1809.

C'est pourquoi, de même que les religieuses ne peuvent être contraintes par des moyens coercitifs à respecter leurs vœux, de même conservent-elles la propriété, la jouissance et l'administration de leurs biens [1]; elles devraient dès lors être maintenues, ce semble, dans la faculté de les aliéner et d'en disposer librement, selon le droit commun, même à titre gratuit et en faveur de toute personne, comme aussi d'acquérir et de recevoir des libéralités, ainsi que le reste des Français.

Or, cette capacité de *disposer* gratuitement, que le décret du 19 février 1809 avait considérablement gênée, et la capacité de *recevoir* au même titre, étaient consacrées, en conformité du droit commun, par la loi du 2 janvier 1817, sous l'empire de laquelle une religieuse a pu disposer même de la *totalité* de ses biens, non-seulement en faveur de sa famille ou d'étrangers [2], mais encore en faveur de l'une de ses compagnes en religion ou même de la communauté dont elle faisait partie. La seule *restriction* que cette capacité subissait alors, résultait des règles du Code Napoléon sur la *réserve*, et la seule *complication* qu'elle reçut, dans son exercice en faveur de la communauté, venait de la nécessité où était cette dernière d'obtenir l'autorisation du roi, « modérateur des vertus même les plus généreuses, » selon le beau langage de M. Lainé [3].

Mais la loi du 24 mai 1825, qui nous régit aujourd'hui, a considérablement changé l'état de la législation à cet égard.

Dans l'article 4, que nous avons déjà signalé, elle interdit toute libéralité faite à la communauté autrement qu'à titre particulier; mais cela ne suffit point, et l'article 5 de cette loi est ainsi conçu dans ses deux premiers paragraphes :

« Nulle personne, faisant parti d'un établissement autorisé, ne « pourra disposer par acte entre-vifs ou par testament, soit en « faveur de cet établissement, soit au profit de l'un de ses mem- « bres, au delà du quart de ses biens, à moins que le don ou le « legs n'excède pas la somme de 10,000 francs. »

« Cette prohibition cessera d'avoir son effet, relativement aux « membres de l'établissement si la légataire ou donataire était « héritière en ligne directe de la testatrice ou donatrice. »

---

[1] Décr. du 18 février 1809, art. 9. — Instruct. minist., 17 février 1825, art. 12.

[2] Ce que défendait le décret de 1809.

[3] *Monit.* 19 nov. 1816.

Cet article de la loi de 1825 appelle plusieurs remarques.

Ce qui frappe, à la première inspection, c'est qu'il ne concerne que les *libéralités* proprement dites ; il n'est donc pas applicable aux *constitutions de dots religieuses*, qui sont des *actes à titre intéressé*, dans les limites fixées par les statuts de chaque congrégation [1].

Par rapport aux *libéralités véritables*, cet article de la loi de 1825 est bien évidemment *une dérogation au droit commun* en matière de disponibilité, et même *au droit qui régissait jusqu'à cette époque* les communautés autorisées. Ainsi le législateur ne se contente pas des règles ordinaires sur les *réserves*, — ni de la nécessité de l'autorisation administrative requise pour la communauté ; mais, sans frapper la religieuse de *l'incapacité absolue*, résultant autrefois des vœux perpétuels, et en lui laissant même la capacité ordinaire *pour donner* à ses parents et aux étrangers ou pour recevoir des uns ou des autres, la loi de 1825, modificative de celle de 1817, restreint cette capacité envers la communauté ou ceux de ses membres qui ne sont pas parents en ligne directe de la religieuse qui dispose.

Cette dérogation au droit commun est basée sur l'intérêt des familles que l'on a craint de voir dépouillées par un zèle malentendu, en faveur des communautés ; mais il faut savoir que ce ne fut pas sans difficultés que cette disposition passa dans la loi : la discussion parlementaire, que nous avons scrupuleusement examinée, fait foi qu'on l'attaqua d'abord, au nom du droit commun lui-même qu'il ne fallait pas restreindre, précisément contre des personnes qui, loin d'avoir démérité, semblent inspirer un intérêt particulier ; on parla aussi de la sympathie que méritaient les communautés ruinées par la révolution, — de l'utilité de ces établissements, — enfin des sentiments d'affection et de reconnaissance qui rattachent naturellement une religieuse à son couvent [2].

Quoi qu'il en soit, la disposition existe ; mais, notons-le bien, c'est à titre de *droit exceptionnel*, et, comme telle, de *droit étroit*.

---

[1] Voy. nombreux arrêts cités dans la *Jurispr. du* XIXe *siècle*, vo *Communauté religieuse*, nos 38 à 42. Il est à regretter que la matière des *dots religieuses* ne soit pas traitée *ex professo* dans les ouvrages de droit civil. Nous lui avons assigné une place dans notre enseignement à la Faculté de droit.

[2] *Monit.* des 1, 5, 6 et 11 février ; 7 et 8 avril 1825.

Cela posé, peut-on dire que cet article 5 de la loi de 1825 soit venu augmenter le chapitre III du titre II du livre III du Code Napoléon, en créant une nouvelle classe *d'héritiers à réserve*, qui comprendrait tous les parents de la religieuse, jusqu'au collatéral du 12ᵉ degré? N'est-il pas plus exact de voir dans cet article 5 une restriction à *la capacité de disposer* de la religieuse et *à la capacité de recevoir* de la communauté et de ses membres, ne fondant pas plus *une réserve* en faveur des parents, que l'article 908 concernant l'incapacité de l'enfant naturel, et l'article 909 concernant celle des médecins et ministres du culte?

Ce dernier sentiment nous paraît le seul exact. Le législateur le dit lui-même : l'article 5 n'établit qu'une *prohibition* de disposer. Voilà le caractère de l'article; il *frappe d'indisponibilité* une partie de la fortune de la religieuse, à *l'égard seulement de bénéficiaires déterminés*, la communauté ou ses membres.

Serait-ce par hasard un vain jeu de mots que cette distinction entre *l'indisponibilité* pour incapacité relative et *la réserve*, — puisque, en définitive, ce dont il n'est pas disposé se trouve *réservé* aux héritiers? Gardons-nous de le penser. D'abord, il se peut bien qu'en ne donnant pas à la communauté ce qu'il lui est défendu de lui donner directement ou par interposition de personnes, la religieuse en gratifie un étranger et en dépouille ainsi sa famille : que devient alors cette singulière réserve? — D'ailleurs *l'indisponibilité* produit, en droit, des effets différents de ceux du droit de *réserve*. MM. Aubry et Rau, en leur traduction de Zachariæ[1], ont très-bien signalé cette différence. « Une « quotité de biens, disent-ils, peut être indisponible sans con« stituer pour cela une réserve; il en est ainsi toutes les fois que « la loi interdit à une personne la disposition d'une partie de ses « biens, non point dans l'intérêt exclusif de certains parents, mais « dans l'intérêt de cette personne elle-même ou de tous ses « héritiers indistinctement... Il ne faut pas confondre, disent« ils ailleurs[2], avec la faculté de demander la réduction pour « fournir la réserve, le droit de faire annuler ou réduire des dis« positions faites par un incapable, par exemple, par un mineur : « ce droit appartient à toute personne intéressée. »

Or, ce sont les créanciers du donateur ou testateur, les donataires ou légataires postérieurs, qui sont les personnes intéressées auxquelles les auteurs précités font allusion, en leur accordant le droit d'agir, que ces personnes n'ont point quand il est question de la réduction pour former la réserve.

---

[1] Tom. V, p. 128.

[2] *Ibid.*, 169.

Telle est donc la portée de la loi de 1825 ; elle a déclaré la communauté *incapable de recevoir* aucune libéralité à *titre universel*, et de plus, si le don ou legs *particulier* qu'elle reçoit, lui vient de l'une de ses membres, il ne peut dépasser en valeur le quart du patrimoine de la religieuse, à moins que la somme donnée ou léguée n'excède pas dix mille francs. — La violation de la première de ces prohibitions n'a pas toujours été jugée avec une égale sévérité par la jurisprudence. Quelques arrêts ont annulé *en entier* le legs *universel* fait à la communauté, tandis que d'autres arrêts, même de la Cour de cassation, n'y ont vu qu'une disposition *réductible* au quart fixé par l'art. 5 de la loi de 1825 [1]. Quant à l'*excès* dans la *quotité* dont la religieuse peut disposer à titre particulier, envers la congrégation ou l'une de ses compagnes, personne interposée, il ne peut être réprimé que par la réduction ; il n'y aurait pas nullité.

Dans tous les cas, il est bien entendu qu'on ne pourrait éluder la nullité ou la réduction, par un *déguisement frauduleux* des libéralités que la loi doit atteindre ; cela est évident et incontestable ; mais il n'en faudrait pas conclure que tout contrat, *licite d'après le droit commun*, qui serait valable et tenu pour sincère entre personnes laïques et séculières, devienne tout à coup suspect, illicite, nul, dès que les parties ont le caractère religieux. Tout ce qu'on doit exiger, c'est que le contrat en question réunisse les conditions de validité du droit commun. Dans ces termes, et quoique le *motif du contrat*, qu'il ne faut pas comprendre avec la *cause des obligations* qu'il engendre, soit ou puisse être le désir de la perfection religieuse poursuivi en commun, ce contrat devra être inexpugnable, à moins qu'on ne se croie obligé à plus de vigilance contre les pauvres filles, que contre les gens, même les plus tarés, dont la bonne foi et la sincérité sont cependant toujours présumées par la loi.

Nous avons ainsi examiné les effets généraux de la reconnaissance de la communauté, soit *envers la communauté* elle-même, soit *envers les religieuses qui la composent*, et pourtant nous n'avons pas encore terminé l'exposé de ce sujet compliqué.

---

[1] Voy. Sirey-Devill. 53, 2, 241 et la note.

V. Il nous faut maintenant examiner un point qui se rattache tout à la fois aux effets de la reconnaissance envers la communauté et envers ses membres, et dont la solution dépend des règles que nous venons de voir sur la *capacité respective* de la congrégation et de ses membres pour *donner* et *recevoir ;* il s'agit de déterminer ce que deviennent, *après* l'*autorisation*, les biens qui, *avant elle*, reposaient *ostensiblement* sur la tête de quelques-unes des religieuses, parce qu'ils ne pouvaient résider sur celle de la communauté, encore privée du caractère de personne morale.

Raisonnons d'abord comme si la loi n'eût rien réglé à ce sujet : La communauté étant devenue capable, ces biens doivent désormais lui être dévolus ; il faut donc qu'il y ait *mutation* en sa faveur, de la part des religieuses, propriétaires apparentes.

Mais par quel moyen s'opérera-t-elle ? Il est clair que la transmission ne résultera pas virtuellement du *seul fait* de la reconnaissance ; ce serait, *entre personnes vivantes*, un mode inusité de *succession*. Il faut donc un *acte volontaire* de transmission. Or, le bon sens répugne à l'idée d'un acte ayant la forme d'un contrat *à titre intéressé* qui, s'il était *sérieux*, serait une *injustice* de la religieuse envers la communauté, ou, s'il n'était employé que comme *déguisement*, ne pourrait avoir pour but que de *frustrer les droits du fisc*. Ce n'est donc que par voie de *donation* que la transmission peut s'opérer..... Mais cet acte lui-même n'est pas sans susciter des embarras considérables ; il n'a de donation que la *forme*, puisque, *au fond*, c'est le propriétaire *apparent* qui restitue au *véritable maître*, et cependant ne sera-t-il pas soumis aux rigueurs *formalistes* concernant les donations véritables ? Ne devra-t-on pas payer des *droits fiscaux* très-élevés ? N'aura-t-on pas à craindre les réclamations des héritiers du sang, vu surtout la restriction que la loi de 1825 apporte à la capacité de la congrégation pour recevoir de l'un de ses membres ? la conséquence rigoureuse résultant de cette loi devrait être, en effet, que, la religieuse *ne pouvant donner que le quart de ses biens*, ses héritiers légitimes devraient profiter des trois quarts restants, parmi lesquels figureraient, pour leur part, les biens dont la religieuse, *légalement* propriétaire à l'*égard des tiers*, n'était pourtant que propriétaire *apparente à l'égard de la communauté ;* mais ce serait là, convenons-en, un résultat intolérable.

Or, ceci n'a point échappé au législateur, et ce fut pour éviter surtout le dernier inconvénient signalé, qu'après avoir porté la prohibition ci-dessus, on ajouta au projet primitif de l'art. 5 une disposition exceptionnelle dont il faut bien remarquer les termes :

L'article se termine ainsi : « Le présent article ne recevra son « exécution pour les communautés déjà autorisées, que six mois « après la publication de la présente loi, et pour celles qui se« raient autorisées à l'avenir, six mois après l'autorisation ac« cordée. »

Grâce à cette disposition, on n'aura pas à craindre que les héritiers du sang viennent s'emparer des trois quarts des biens dont la religieuse n'était que propriétaire fictive ; car la limitation du § 1 de l'art. 5 n'est pas applicable durant les six mois qui suivent l'autorisation, parce que le législateur a considéré qu'il n'y a pas donation véritable, et qu'il n'y a pas ainsi lieu de lui appliquer les sévérités de ce § 1 [1] ; durant cet intervalle on peut donc tout régulariser. — Mais il fallait aller plus loin. Devait-on, d'après cela, soumettre cet acte de transmission aux droits fiscaux si élevés des donations entre étrangers ? C'eût été méconnaître encore à un autre point de vue son vrai caractère ; aussi le gouvernement a-t-il sagement modifié les conséquences fiscales qui semblaient devoir résulter des apparences.

Ainsi, en premier lieu, l'instruction du ministre des affaires ecclésiastiques, du 17 juillet 1825, sur l'exécution de la loi du 24 mai, définit clairement, quoique brièvement, la nature véritable de l'acte en question.

En second lieu, une circulaire du ministre des cultes, pour l'exécution du décret du 31 janvier 1852, contient la précieuse explication que nous transcrivons ici :

« Une rétrocession pourrait être faite, dit le ministre, par la « religieuse propriétaire apparente, qui déclarerait avoir acquis « les immeubles en son propre nom, mais *pour le compte et avec « les deniers de la communauté* dont elle est membre, et s'enga« gerait à lui *restituer* les biens qui lui *appartiennent réellement*. « Cette rétrocession devrait être faite devant notaires : *cet acte « produirait les mêmes effets qu'un acte de donation,* et il aurait « de plus l'avantage de *n'être pas soumis à des droits d'enregistre« ment aussi considérables.* »

Voilà donc le véritable caractère de l'acte : il ne garde de la donation que la *forme notariée ;* il devient simple *rétrocession* ou plutôt simple *déclaration ;* mais il *produira les effets* de la donation, *sans en payer les droits,* parce qu'il n'en a pas la nature, et sans être soumis à l'acceptation expresse, ni à la transcription.

---

[1] *Monit.* 1er févr. 1825.

En troisième lieu, enfin, une décision du ministre des finances, en date du 25 juin 1852, transmise par l'administration des domaines à ses directeurs de département, dans une instruction générale, ayant le nº 1942, et par le ministre des cultes à NN. SS. les évêques, dans une circulaire du 11 juillet 1852, statue, « que les actes dont il s'agit étant plutôt *déclaratifs* qu'*attributifs* « il serait bien rigoureux de les soumettre à l'art. 4 de la loi du « 11 frimaire an VII, et qu'en conséquence, le droit proportion- « nel n'est pas applicable aux actes par lesquels les communau- « tés religieuses reconnues seront, dans les six mois de leur re- « connaissance, investies d'un titre régulier de propriété de la « maison conventuelle et de ses dépendances, et qu'ils sont sou- « mis seulement au droit fixe de deux francs. »

Ainsi se trouve résolue la difficulté que les *faits* avaient soulevée *contre le droit,* au sujet de l'influence de la reconnaissance *sur le temporel qu'avait déjà la communauté;* une déclaration, faite devant notaire, dans les six mois de l'autorisation, mais pas plus tard, et soumise seulement au droit fixe, sert à tout régulariser. Nous ne doutons point qu'un testament fait en faveur de la communauté ne dût produire un effet analogue, au cas de décès de la testatrice, dans les six mois de l'autorisation.

Nous pensons aussi que si la religieuse, propriétaire apparente, était décédée dans les six mois, sans avoir régularisé ces graves intérêts, la communauté, devenue personne morale, serait recevable à réclamer ses biens contre les héritiers de la religieuse, en prouvant qu'elle n'était que propriétaire *apparente.*

Mais tel est le sort de notre matière, qu'en résolvant une difficulté, on en voit surgir une autre.

On s'est demandé, en effet, sur ce paragraphe 3 de l'article 5, si, de même que, *dans les six mois de l'autorisation,* les religieuses peuvent opérer en faveur de la communauté, les rétrocessions dont il vient d'être parlé, sans avoir à redouter les restrictions du paragraphe 1er de cet article, de même ces religieuses peuvent, durant le même délai et avec la même liberté, *faire à la communauté ou à l'un de ses membres,* une *vraie donation* avec les biens dont elles sont *réellement propriétaires*, et non pas seulement à titre de *prête-nom*.

La *raison de douter* contre le pouvoir de la religieuse, sous ce rapport, est prise de ce qu'il résulte des travaux préparatoires de la loi de 1825, que c'est *en vue seulement* de favoriser les *rétrocessions* ci-dessus que le dernier paragraphe de l'art. 5 a été introduit dans la loi par la chambre des pairs; qu'il a été ainsi présenté à la chambre des députés, et voté par l'une et l'autre [1]. Cette considération amène M. Duvergier, dans ses notes sur cette disposition, jusqu'à « *pencher pour la nullité* » (ce qui serait au moins excessif) d'une donation excédant le quart, quoique faite dans les six mois de l'autorisation; d'autres esprits fort éclairés, et que nous respectons, croient du moins qu'une telle libéralité serait passible de réduction, dans les limites de l'art. 5, § 1.

Mais la *raison de décider* en *faveur de la capacité absolue* de la religieuse, durant les six premiers mois de l'autorisation, nous apparaît parfaitement claire dans le *texte* de la loi, qui est aussi général que possible ; après avoir posé la limite de disponibilité à l'égard de la communauté, l'article ajoute, comme on l'a vu ci-dessus : « Le présent article NE RECEVRA SON EXÉCUTION, pour « les communautés déjà autorisées, que six mois après la pu« blication de la présente loi, et pour celles qui seraient autori« sées à l'avenir, six mois après l'autorisation accordée. » Cette formule ne peut avoir d'autre sens que celui-ci : durant six mois après la promulgation, et durant six mois après l'autorisation, la restriction à la disponibilité prononcée par l'art. 3, § 1, sera *comme n'existant pas ;* donc, la religieuse pourra donner à la communauté et à ses membres absolument comme à des étrangers. — L'argument de texte nous paraît topique sous ce rapport, et il s'applique aux donations *ordinaires* comme aux rétrocessions. Ce qui le prouve de plus, c'est que ce paragraphe de l'article, s'occupant même des communautés *déjà autorisées*, n'avait pas à régler, *par rapport à elles*, des *rétrocessions* de la part de *propriétaires apparentes*, puisque ces communautés étaient capables de posséder elles-mêmes et n'avaient pas eu besoin de l'entremise d'un prête-nom. Aussi, la Cour de cassation, appelée seulement une fois, à notre connaissance, à décider la question qui nous occupe, a-t-elle consacré notre sentiment par un arrêt du 21 décembre 1851 [1].

---

[1] *Monit.* 11 févr., 18 et 31 mars 1825.

Or, la décision de cet arrêt, conforme, on vient de le voir, au texte de la loi, nous paraît inexpugnable.

En premier lieu, elle ne fait qu'appliquer le *droit commun*, qui doit toujours l'emporter dès qu'il y a doute; en second lieu, les motifs, même *incontestés* d'une loi, ne peuvent être invoqués contre un *texte positif* contraire, sous peine d'offrir mille prétextes pour la violer [2]; en troisième lieu, il n'est pas exact que les *actes de rétrocession* aient été les *seuls* auxquels ait pensé le législateur de 1825. Ce qu'il y a de vrai, sous ce rapport, c'est qu'on a eu *surtout* en vue de les faciliter, mais non pas *exclusivement*. En effet, M. de Montmorency, rapporteur de la chambre des pairs, après avoir expliqué l'introduction du § 3 de l'article, eu égard à ces rétrocessions, se fit à lui-même l'objection qu'on pourrait s'autoriser de cette disposition pour faire des donations proprement dites, échappant ainsi à la restriction du § 1 ; mais le noble pair se hâta de montrer qu'il n'y avait pas là grand danger à craindre, et l'article fut voté dans les termes généraux que l'on connaît [3]. Enfin, en quatrième et dernier lieu, on comprend très-bien que, durant les six premiers mois de l'existence légale de la communauté, le législateur ait voulu lui laisser toute facilité de bien fonder son établissement. Si, en effet, on lui appliquait immédiatement la restriction de recevoir, voici ce qui pourrait arriver : des religieuses, d'ailleurs *sans parents à réserve*, pourraient avoir consacré toute leur fortune à fonder et à soutenir la communauté avant l'autorisation. Grâce à ces libéralités qu'on aurait pu faire à des étrangers, la congrégation aurait prospéré; mais voilà que le décret d'autorisation est rendu, c'est-à-dire que la communauté est reconnue comme *établissement d'utilité publique*, digne, par conséquent, de la protection assurée aux personnes morales. Eh bien ! à ce moment et *malgré leur volonté*, ces religieuses ne pourront laisser leurs largesses à la communauté; elles deviendront ses créancières, malgré elles, *pour les trois quarts* de ce qu'elles lui ont donné, c'est-à-dire qu'elles devront disloquer la congrégation, quand il s'agit, précisément alors, de la bien asseoir. Or, c'est ce que n'a pas voulu la loi de 1825, qui, tout en *restreignant* la quote disponible dans le § 1 de son art. 5, n'en fut pas moins, *dans son ensemble*, une loi favorable aux congrégations religieuses.

---

[1] Sir. 52, 1, 23. Cet arrêt est fort incomplétement motivé.

[2] Av. du C. d'État, du 5 juillet 1833.—Voyez Vuillefroy., *Adm. du C. cath.*, pag. 197.

[3] *Monit.* du 17 févr. 1825. Voy. aussi l'instruct. minist. du 17 juillet 1825, art. 13.

Concluons donc que le § 3 de l'art. 5 s'applique *à toutes les donations*; comme aux *rétrocessions*; seulement les premières seront taxées au droit proportionnel fixé par les lois du 31 avril 1832, art. 33, et du 18 mai 1850, art. 6, tandis que les secondes ne seront passibles que du droit fixe de deux francs.

VI. En terminant ce travail, disons un mot seulement sur ce que peut devenir, dans la suite, l'*état civil* d'une *congrégation autorisée*. La capacité cessera par l'extinction ou par la révocation de la communauté, laquelle ne peut être prononcée que par une *loi*, quelle qu'ait été la forme de l'acte qui l'a autorisée [1].

L'art. 7 de la loi de 1825 détermine quel est le sort des biens qui avaient été donnés ou légués à la communauté, ou qu'elle avait acquis à titre onéreux. Les premiers retournent aux donateurs ou aux héritiers des donateurs ou testateurs; les seconds sont partagés également entre les établissements ecclésiastiques et les hospices du département. Toutefois, ces biens sont grevés d'une pension alimentaire en faveur des religieuses de la communauté dissoute, et cette pension doit se prendre d'abord sur les biens acquis, et, en second lieu, sur les biens donnés ou légués.

G. BRESSOLLES.

---

[1] Loi du 24 mai 1825, art. 6.

DE LA CORRECTIONNALISATION DES CRIMES[1]

OU DE LA NÉCESSITÉ ET DES MOYENS DE SOUMETTRE A LA JURIDICTION CORRECTIONNELLE CERTAINS FAITS LÉGALEMENT RÉPUTÉS CRIMES.

Par M. Gustave Rousset, substitut à Barcelonnette (Basses-Alpes).

Le Code pénal a divisé les actes punissables en *crimes*, *délits et contraventions*. — Cette division tripartite repose sur la triple division des peines en *criminelles* [2], *correctionnelles* et de *simple police*, auxquelles correspondent pour les appliquer trois juridictions : *Les cours d'assises*, *les tribunaux de police correctionnelle et les tribunaux de simple police.*

La nature de la peine détermine donc *la nature* de l'infraction, et par suite *la compétence* du tribunal qui doit en connaître : — *Nature de la peine*, *nature de l'infraction et compétence*, sont ainsi des termes d'une corrélation si intime, qu'au moment et dans le cours des poursuites, l'un ne peut varier sans modifier les deux autres [3].

Tels sont la base et le système du Code pénal : ils ont été critiqués [4].

Mais le droit de punir n'ayant point précédé la liberté de mal faire, et le châtiment n'étant que la suite nécessaire et morale de l'infraction, l'intensité de la peine a dû se mesurer sur l'immoralité de la faute et sur la perversité de son auteur. Or, les délits étant infinis et variables dans leurs mobiles modifications, la culpabilité individuelle inégale, afin de proportionner la peine au délit, le poids de l'une à la gravité de l'autre, il était de toute logique et de toute justice que les peines fussent divisibles dans leurs degrés, *arbitraires* dans une certaine mesure.

---

[1] Qu'on nous permette ce néologisme. Ce mot, quoique un peu long, exprime bien mieux notre pensée, et peut, du reste, d'autant mieux s'accepter, que le verbe *correctionnaliser* est français, ou tout au moins consacré par l'usage. V. Bescherelle, Dictionnaire.

[2] Je m'écarte de la terminologie du Code pour ne pas embarrasser la phrase des dénominations un peu longues de la loi.—J'entends par peines *criminelles* les peines *infamantes* ou *afflictives et infamantes* des art. 2 et 6 du Code pénal.

[3] Art. 1 du Code pénal, 120 à 130 et 231 et suivants du Code d'instruction criminelle.

[4] On a vu dans l'art. 1 du Code pénal l'expression matérialiste d'un système insultant pour l'homme ; — (Rossi et Guizot.) — La théorie utilitaire et celle du contrat social ont bien, il est vrai, pour une bonne part, influé sur la rédaction du Code ; mais à ne voir que le côté pratique de cet art. 1, il est facile de se convaincre que le législateur a eu plutôt pour but d'indiquer la compétence d'après la nature de la peine, que de définir la gravité morale de l'infraction. — C'est une règle de méthode et non la formule d'une théorie. — V. la théorie du Code pénal, t. I.

Avant le Code de 1791, les peines étaient pleinement arbitraires [1] ; c'était un vice contre lequel l'assemblée constituante réagit à l'extrême en édictant des peines *fixes*, *invariables*. — Les juges perdirent même la faculté de les pondérer dans les étroites limites d'un maximum et d'un minimum. — Ce fut un excès, plus dangereux que l'abus auquel on voulait remédier : car cette inexorable égalité des peines souleva des inégalités plus odieuses encore que l'antique arbitraire, et leur injuste rigueur engendra l'impunité qui propage le crime [2].

La répression pour être efficace doit, en effet, avant tout, être juste ; et pour être juste, elle doit à la fois mesurer la nature et la rigueur du châtiment sur la nature et la gravité de la faute. — La peine ne doit pas excéder le délit : la variabilité dans les faits commande donc la variabilité dans les peines et une certaine latitude dans leur arbitration.

Les législateurs du 3 brumaire an IV adoptèrent en partie ces principes, et résistèrent en partie à leurs utiles conséquences. Le Code de 1810 et ses modifications, en 1824, les comprirent mieux en admettant un certain arbitraire à se mouvoir entre un maximum et un minimum, et surtout en appliquant, dans quelques cas, à certaines infractions, le bénéfice des circonstances atténuantes. — En 1832, la loi fit un pas en avant dans cette voie d'humanité : la modération dans les peines fut généralisée par une plus large application des circonstances atténuantes ; — c'était un progrès depuis longtemps réclamé par les besoins et les mœurs de l'époque : ceux qui le contestèrent se préoccupèrent trop d'un abus éventuel de l'article 463 chez le juge, et pas assez de l'excès de sévérité qui se trouvait en permanence dans le livre des lois.

Leurs craintes ne se sont pas réalisées ; au contraire, la pratique a depuis démontré que, dans une certaine mesure, les peines doivent être *arbitraires* [3]. Cette conclusion, qui deviendra plus tard un argument, justifiera mieux l'utilité de ces observations préliminaires.

---

[1] Voir Boitard, son cours, pag. 2 et 3, et Pothier, section V, § 6.

[2] V. *Théorie du Code pénal.*

[3] L'introduction des circonstances atténuantes dans notre législation, rendue

I

« Qu'on examine, dit Montesquieu, la cause de tous les relâ-
« chements; on verra qu'elle vient de l'impunité des crimes et
« non de la modération des peines. » — En tempérant les peines il faut donc les rendre inévitables.

L'introduction du bénéfice des circonstances atténuantes, dans notre législation, a été un progrès réel. On a ainsi effacé du Code des cruautés inutiles, mais en humanisant la loi, *et pour trop pourvoir au plus pressé*, comme disait le rapporteur en 1832, on oublia de la rendre inévitable. — Ce qui n'a pas été fait alors est encore à faire aujourd'hui. — Si l'article 463 modifié est un bienfait véritable, pourquoi reculerait-on devant le but qu'il doit atteindre? — Une fois les principes admis, on doit en accepter les justes conséquences, en étendre les applications lorsqu'elles sont utiles, et regarder dès à présent comme exacte cette proposition déduite des principes posés : *que si les peines ne sont plus invariables, si la nature de la peine applicable détermine la compétence des juridictions, les circonstances de fait et les dispositions légales*[1] *qui modifient la nature des peines doivent*

---

nécessaire par les tendances du jury, n'a pas amené avec elle l'affaiblissement de la répression, moins encore les abus redoutés et à tort prévus de l'arbitraire. — Elle a eu pour effet une notable diminution dans les acquittements, et a régularisé, en la consacrant, la tendance du jury à atténuer les peines. — Les verdicts n'étaient, en effet, pas moins indulgents avant 1832 qu'après ; mais avant, ils ne l'étaient qu'au moyen d'un mensonge flagrant, puisqu'ils écartaient les circonstances aggravantes les mieux établies, pour faire atténuer la peine, tandis que aujourd'hui ils atteignent le même but sans porter une si grave atteinte à la vérité. — V. *Compte rendu de l'administration de la justice criminelle pour* 1850. (*Rapport.*) — On pourrait faire remarquer, en passant, que cette tendance à écarter les circonstances aggravantes les mieux établies pour faire atténuer la peine a passé du jury dans les chambres d'instruction, et qu'il serait nécessaire aujourd'hui de la régulariser en la consacrant, ainsi qu'on a fait pour l'autre. — Cette question sera traitée plus loin. — V. pag. 359, note 2.

[1] Par dispositions légales qui modifient la nature des peines, il va de soi que nous comprenons les art. 326, 67 et 68 du Code pénal, relatifs aux excuses aussi bien que l'art. 463. — Les excuses ne sont, en effet, que des circonstances atténuantes définies par la loi, et ce qui s'applique à celles-ci s'applique *à fortiori* à celles-là. — Il est aussi bien entendu que, par la générale

compter dans le règlement de la compétence. Ce qui nous conduit directement à une application plus inévitable des peines, par *la correctionnalisation des crimes.*

Correctionnaliser, c'est livrer à la justice des tribunaux correctionnels *certaines infractions* justiciables de la cour d'assises ; c'est restreindre la faculté qu'ont les cours criminelles de prononcer des peines correctionnelles, en accordant aux tribunaux de première instance un plus large pouvoir d'appliquer les peines dont ils ont la distribution, sans égard pour la qualification légale de l'infraction, si, par suite de certaines circonstances *le crime* ne mérite plus que des peines correctionnelles, s'il n'est plus virtuellement qu'un simple *délit.* — *Correctionnaliser*, c'est donc soustraire aux cours d'assises les lésions de droit qui n'ont qu'une gravité correctionnelle, les infractions légalement frappées de peine hors de proportion avec leur criminalité ; et il y a urgente nécessité à procéder de la sorte, si l'on ne veut pas voir le glaive de la justice s'émousser trop souvent dans la main du jury *par de déplorables acquittements ;* le mot est officiel au rapport du compte rendu de l'administration de la justice criminelle pour 1850 : « En général, y est-il dit, les jurés se montrent « bien moins disposés à réprimer les attentats contre l'ordre « public, que ceux dirigés contre les particuliers.... les accusés « de concussion, de corruption, de banqueroute frauduleuse, de « faux en écritures authentiques ou publiques, sont l'objet d'une « indulgence vraiment *déplorable....* La plupart de ceux qui « n'obtiennent pas un acquittement complet, ne sont punis que « des peines correctionnelles », et il ajoute : « on est *presque* à « se demander s'il n'y aurait pas plus d'avantages à confier, à la « juridiction correctionnelle, le soin de réprimer ces attentats « qui, devant le jury, trouvent une si faible répression [1]. » —

---

expression de circonstances atténuantes, nous voulons également désigner les excuses et les circonstances de l'art. 463.

[1] En 1850-1851, le nombre des acquittés pour corruption et concussion a été de 732 sur 1,000 accusés, et celui des condamnés à des peines correctionnelles, de 240 sur 1,000. — Pour banqueroutes franduleuses ces nombres ont été de 83 acquittés, et 11 condamnés correctionnels sur 100 accusés. — Pour faux en écritures authentiques et publiques 54 acquittés, 10 condamnés correctionnels sur 100 accusés. — Pour faux témoignage et subornation de témoins, 62 acquittés, 33 condamnés correctionnels sur 100 accusés. — Pour violences envers des fonctionnaires publics, 1 seul condamné à des peines criminelles, 56 acquittés sur 100. — En 1850, le nombre total des acquittés

L'exactitude demanderait le sacrifice du doute si réservé de cette dernière phrase; il est, en effet, incontestable, que des juges réguliers satisferaient mieux à cet égard la vindicte publique que des jurés chez qui, trop souvent, l'égoïsme étouffe l'amour du bien public et dont les sentiments ne s'élèvent pas toujours à la hauteur de la mission qui leur a été confiée dans l'intérêt de l'ordre et de la sécurité du pays.

Le jury a-t-il réalisé dans la pratique, les espérances fondées sur sa brillante théorie? — Juges du fait et juges sans appel, affranchis de toutes règles de preuves légales, ne subissant pas, comme en Angleterre, la lettre non écrite de la *common Law*[1], les jurés français ne trouvent souvent que le doute et le vague à la place de cette *conviction intime* que demande la loi[2], et abandonnent parfois au hasard du scrutin le soin de trouver, dans leur indécision même, une décision sur le sort des accusés. En regard d'avantages incontestables, cette institution, d'origine étrangère, présente ainsi des inconvénients non moins nombreux que réels, et c'est avec autant d'esprit que d'à-propos qu'un magistrat distingué la qualifiait un jour de *loterie judiciaire*. — L'excuser ou la défendre, en rejetant les vices de son organisation sur l'imperfection de la nature humaine, c'est presque nier le progrès et s'obstiner dans la routine, en repoussant le mieux, au nom d'un optimisme aveugle ou imprévoyant. — Mais la condamner telle qu'elle est, ce n'est pas proscrire ce qu'elle peut être, loin de là; car si une réforme radicale devait trop blesser les habitudes du pays, il nous paraîtrait facile de l'améliorer, sans trop innover[3], ou d'éviter tout au moins les dangers qu'elle entraîne.

---

a été de 374 sur 1,000 accusés, celui des condamnés correctionnels de 364 sur 1,000. — De 1846 à 1850, cette proportion a été des 3/4 pour les deux catégories. Cette part d'indulgence étonne d'autant plus que les accusés traduits devant le jury ne le sont qu'après deux décisions des chambres d'instruction et des informations nombreuses. — V. *Compte rendu de l'administration criminelle de* 1850. *Rapport.*

[1] La *common Law* ou loi commune, non écrite, est un corps de préceptes juridiques renfermant une véritable théorie de la preuve légale, analogue, pour le fonds des idées, à celle usitée en Allemagne. — La *common Law* est la partie peut-être la plus précieuse de la législation anglaise: elle est religieusement observée par le jury anglais.—V. à ce sujet l'excellente traduction, par M. Alexandre, du *Traité de la preuve* par Mittermaier, p. 119.

[2] Art. 342 du Code d'instruction criminelle.

[3] Une réforme radicale du jury serait, nous le croyons du moins, prématu-

La déplorable indulgence du jury pour les faits qui ne présentent pas une criminalité considérable, qui *n'en valent pas*, comme on dit vulgairement, *la peine*, est devenue presque proverbiale, c'est un fait malheureusement acquis : *de minimis non curat prœtor*.

L'origine de cette faiblesse dans la répression est à la fois, dans la loi, et dans l'inexpérience des jurés. — Dans la loi ; — par le défaut de proportion qui se trouve encore quelquefois entre les peines qui peuvent être appliquées et ces faits qui *ne les valent pas*. — Une rigueur apparente ou possible semble alors une injustice réelle ; et entre l'injustice de la peine et celle d'un acquittement, le jury, dans son omnipotence, n'hésite pas, il déclare, devant un aveu même, la non-culpabilité ; il acquitte, et le coupable reste impuni. — Dans l'inexpérience et la faiblesse des jurés ; — faute de comprendre, au point de vue social, les funestes conséquences de l'impunité, plus accessibles à la souffrance de l'accusé qu'à celle des intérêts généraux ; faciles aux obsessions de l'intrigue, à la vanité d'une indulgence sollicitée, les uns acquittent, par esprit de contradiction systématique, et quelquefois de résistance et d'opposition politiques ; d'autres, par calcul, caprice ou pusillanimité, cèdent à un accès de bizarre ou orgueilleuse indépendance, à l'ascendant de l'opinion, suivant les temps et les lieux ; ou à cette impression irréfléchie du mouvement favorable ou antipathique que peut produire la contenance fière ou hypocrite de l'accusé : mais aucun ne pense aux désastreux résultats du sauf-conduit, de la prime d'encouragement qu'ils délivrent aux malfaiteurs, par des acquittements immérités : ils croient n'être que bons, parce qu'ils sont plus ja-

rée en l'état des opinions reçues et des habitudes ; mais une amélioration sans trop d'innovation serait possible, en généralisant ce qui se pratiquait, dans ce cas, suivant l'ancien art. 351 du Code d'instruction criminelle, avant la loi de 1831, par l'admission de la Cour à délibérer et même à voter en commun avec les jurés, c'est-à-dire en admettant, pour la métropole, ce qui se fait sans trop d'inconvénients aux colonies (ordonnance du 24 sept. 1828, art. 77), la délibération et le vote en commun de la cour et du jury. — N'admît-on que la délibération commune, le contact des juges réguliers avec les jurés, sans dénaturer l'institution, aurait sur le verdict un excellent effet. — Cet élément, ami de l'ordre et possédant l'habitude des lois, servirait de guide et corrigerait, fort heureusement quelquefois, l'inexpérience et l'hésitation des jurés indécis, en neutralisant la dangereuse influence de certains de leurs collègues.

loux d'être indulgents que d'être justes ; aveugles, coupables ou imprévoyants, ils deviennent presque et sans le savoir, les agents provocateurs et les complices indirects de toutes les récidives : car l'impunité est l'aliment des crimes, l'indulgence un piége dressé contre la probité et la sûreté publique [1]. — Étroites idées, complaisances dangereuses, faiblesses de cœur et d'esprit, passions politiques; tel est, en général, le jury, au point de vue de la répression ; *loterie judiciaire* où par contre-coup l'innocence qui n'a pas la main heureuse, n'a pas toujours trouvé la justification qu'elle méritait.

Je ne critique pas ; j'expose [2]. — Tel est, en général, le jury, et de son scrutin indécis que sort-il souvent ? Un condamné criminel sur trois accusés, et encore ! — Voilà le vice qu'il faut combattre, le danger qu'il faut éviter ou prévenir : « *Caveant consules !* » Or, dit Beccaria, après Montesquieu : « *Le meilleur « frein du crime n'est pas dans la sévérité de la peine, mais dans « la certitude d'être puni.* » — Cette certitude existe-t-elle au grand criminel ?

Sans insister davantage sur la source et la gravité d'un mal auquel il est si nécessaire de porter remède, — trois moyens principaux se présentent au triple point de vue *de la cause, de l'objet et du sujet* des acquittements, pour assurer la vindicte publique et mettre un terme aux abus qu'entraîne ainsi la dangereuse omnipotence du jury.

---

[1] Impunitate nihil periculosius est, quia semper ad deteriora prolabitur... impunitæ injuriæ exemplum omnibus injuriam minatur. Etenim, si liceat impunè lædere, quis tutus erit ab improborum violentiâ ! — Ex libris apopl. coll. à Bartholomæo Maggio.

[2] J'expose surtout les tristes résultats de la vicieuse composition du jury telle que l'avaient faite les lois du règne de Louis-Philippe et de la République de 1848. Le tableau, quant à cette époque, est exact au fond, bien que tous les jurés ne fussent pas tels que je les signale, et je dois à la vérité de reconnaître que certains d'entre eux portaient sur leurs siéges le caractère, les lumières et l'impartiale conscience de véritables magistrats, mais là, comme ailleurs, beaucoup d'appelés et peu d'élus ; la majorité n'était pas souvent à la hauteur de ses fonctions, et les acquittements scandaleux, inspirés par les passions politiques ou des calculs ambitieux, n'étaient pas rares. Quant au jury actuel, comme il y a beaucoup à espérer des dernières lois sur sa composition et sa déclaration (L. des 4 et 10 juin, 9 et 10 juin 1853), nous l'attendons à l'œuvre et nous faisons nos réserves, persuadé que ce ne sont encore que des demi-mesures qui feront disparaître certains vices à la condition d'en faire sortir d'autres, mais qui ne sauraient satisfaire, comme une réforme plus complète, les nécessités d'une juste répression. — Nous croyons donc, pour justifier l'urgence d'une amélioration plus radicale, devoir ne rien changer encore à notre appréciation du jury.

1° Une réforme générale du Code pénal. — Réviser une à une toutes ses dispositions trop rigoureuses, *causes ou prétextes des acquittements*, afin de mieux proportionner la nature des peines à la gravité des infractions; et mettre la juridiction qui doit en connaître, mieux en rapport avec la peine applicable et la nécessité de la répression. — Œuvre longue et difficile, mais non impossible en France depuis Napoléon.

2° Réformer l'institution du jury, *sujet des acquittements ;* — ce moyen pourrait être prématuré, nous l'avons dit, ou tout au moins fait pressentir.

3° Et, *afin de pourvoir au plus pressé*, comme en 1832 [1], soustraire aux cours d'assises les crimes d'une gravité correctionnelle*, objets des acquittements,* en appliquant au règlement de la compétence, les dispositions législatives et les circonstances des faits modificatives de la nature des peines, excuses et circonstances atténuantes, art. 67, 68, 326 et 463 du Code pénal : c'est-à-dire la correctionnalisation des crimes [2].

---

[1] Expressions des motifs de la loi de 1832 : « On ne saurait se dissimuler, « disait le rapporteur, qu'en s'imposant la tâche de réviser les 454 articles du « Code pénal, et les lois accessoires, beaucoup plus nombreuses encore, on « risquerait de retarder plus qu'on ne doit des améliorations dont la plupart « présentent un caractère d'urgence incontestable. *On a préféré pourvoir au « plus pressé.*—C'est aux préparations de la science, aux méditations journa- « lières du gouvernement et de la magistrature, qu'il faut demander la refonte « de la législation. *Nous ne nous sommes pas livrés à une révision générale « des lois pénales*, mais nous avons reconnu qu'il était urgent d'effacer de « nos Codes des cruautés inutiles. » Cette loi ne fut, on le voit, qu'une demi-mesure ; on voulut mettre un terme au nombre toujours croissant des acquittements motivés par la rigueur des peines, et l'on crut atteindre ce but en étendant le pouvoir des cours d'assises d'infliger des peines correctionnelles.... Les acquittements ont un peu diminué, il est vrai, mais il en est encore et tous les jours de déplorables. En 1832, comme aujourd'hui, le mal était dans la faiblesse du jury ; c'était sa juridiction qu'il fallait restreindre, et l'on a fait tout le contraire. — En modifiant la nature des peines, les principes exigeaient que la compétence changeât. — Il reste à faire maintenant ce qui n'a pas été fait alors.

[2] La correctionnalisation est devenue si nécessaire que les chambres du conseil n'admettent plus que très-difficilement, dans le règlement de la compétence, les circonstances aggravantes qui constituent et transforment le délit en crime, afin de réduire l'infraction aux proportions d'un simple délit. — Cette tendance explique la diminution du nombre des crimes jugés chaque année, et l'accroissement qu'a éprouvé, pendant le même laps de temps, le

La démonstration pratique de ce dernier moyen sera l'objet de cette rapide étude.

II

La correctionnalisation des crimes, par la déclaration et l'application provisoires des circonstances atténuantes et des excuses, dans la décision qui règle la compétence : est *possible*, *logique et présente plus d'avantages que d'inconvénients*, *elle est suivant l'esprit du Code.* — Tels sont l'ordre et la série des propositions qui vont être examinées.

1° *Elle est possible.* — Par cette raison d'abord qu'avant le jugement la criminalité du fait et de l'agent est ou peut être *suffisamment* connue, que l'appréciation des circonstances excusatives ou atténuantes, quant à leur influence sur la culpabilité, est ensuite *facile* et peut alors permettre la détermination de la nature criminelle ou correctionnelle de l'infraction, en dehors même de sa qualification légale.

Une infraction a pour éléments constitutifs le fait matériel et

---

nombre des délits communs jugés par les tribunaux correctionnels, d'autant que cette diminution porte principalement sur les vols qualifiés, et que les vols simples déférés aux tribunaux correctionnels ont triplé depuis 1826. — (V. *Compte rendu de l'administration criminelle*, *Rapport.*)—La correctionnalisation, comme on le voit, présente un double moyen d'application, car, outre celui indiqué au texte, les chambres d'instruction correctionnalisent certains crimes en écartant les circonstances aggravantes qui constituent leur criminalité.—Ce système, qui se pratique dans le silence de la loi, et que la liberté d'appréciation des juges de la compétence semble autoriser, est par lui-même très-borné; il n'est d'une facile application que pour ces faits qui, dans leur genre, sont des délits et qui peuvent se criminaliser par le concours d'une circonstance déterminée. — Heureusement appliqué aux vols qualifiés, aux faux qui rentrent dans l'escroquerie, aux attentats à la pudeur qui peuvent devenir des outrages publics à la pudeur, ce mode de correctionnalisation est, disons-nous, par lui-même, restreint et insuffisant, mais il pourrait en certains cas être l'utile complément de celui qui fait l'objet de cette étude. — Nous ne verrions, en conséquence, aucun inconvénient à l'admettre concurremment avec lui, dans la même disposition législative, il lui serait, en effet, d'un puissant secours à l'égard des crimes punis de mort ou des travaux forcés à perpétuité que l'application de l'art. 463 ne pourrait correctionnaliser, et qui pourraient l'être par le rejet des circonstances aggravantes. — Par exemple et surtout pour les vols qui font l'objet des art. 381 et 383 du Code pénal, nous reviendrons plus loin sur cette question.

l'intention frauduleuse; sans eux ou l'un deux, il n'y a ni crime ni délit.

L'immoralité de l'acte, comme la perversité de l'agent, peuvent se présenter avec une gravité variable du crime à la contravention.

La détermination de ces éléments et de leurs véritables caractères est-elle possible avant les débats? Les diverses nuances du fait et de l'intention sont-elles alors appréciables?

« Ce qui détermine le caractère d'un acte incriminé, dit « M. Duverger [1], ce qui fait ressortir sa moralité ou son immo« ralité, ce sont les circonstances qui l'ont précédé, accompagné, « ou suivi. » Or, ces circonstances, si elles sont atténuantes ou excusatives, telles que l'âge, l'état d'ivresse involontaire, la bonne foi, la surdi-mutité sans éducation, la provocation légale, le flagrant délit d'adultère, la minimité du résultat, la castration prévue par l'art. 325 Code pénal, sont-elles ou non appréciables, quant à leur influence sur la culpabilité, lors de la mise en accusation? ou bien cette appréciation ne serait-elle possible que pour les circonstances aggravantes ou justificatives? Poser ainsi la question entre une anomalie et une affirmation, n'est-ce pas en partie la résoudre?

A quelque moment qu'on la prenne, l'infraction a toujours le même caractère, avant et après l'instruction, comme avant et après les débats; la peine, en la déterminant crime ou délit, n'est que déclarative de criminalité et n'en change pas la nature; elle ne peut transformer le délit en crime et réciproquement; et, c'est parce que, dès le principe, le fait n'était qu'un simple délit, que la peine a été correctionnelle, puisque la décision et la loi ont voulu proportionner la peine au délit. — Le tout est donc de savoir si, avant les débats, le caractère plus ou moins immoral du fait et de l'intention peut être facilement dégagé des circonstances qui l'entourent, nettement défini..... dire *qualifié* c'est presque répondre le Code à la main.

La connaissance entière et parfaite des faits ne peut, il est vrai, résulter que de l'instruction orale et publique. La conviction ne peut naître qu'alors et par elle, car si *la probabilité*, comme dit Servan, est la mesure de l'accusation, *la certitude* doit être celle de la condamnation. Toutefois, pour déterminer la compétence, pour désigner d'avance *la nature* de la peine applicable, ne faut-il pas nécessairement savoir à quoi s'en tenir sur *la nature* de l'acte incriminé? Il faut bien, pour le qualifier crime ou délit, dire qu'il est d'abord, et quel il est ensuite ; constater et analyser l'immoralité de ses éléments constitutifs et les circonstances qui la modifient. — Il faut, en un mot, le connaître d'une manière relative, j'en conviens ; on risquerait de s'égarer en exigeant, dès l'abord, une certitude absolue en pareille matière ; mais, pour relatives que soient cette connaissance des faits et cette grave probabilité qui doivent gouverner toute accusation, encore faut-il qu'elles soient *suffisantes* [1], et qu'à travers *des preuves et indices graves*, comme dit la loi [2], on puisse entrevoir la criminalité de l'acte et de l'intention, sans inductions ni intermédiaires. — De pareilles prémisses ne commandent-elles pas pour conclusion, dans le syllogisme des mises en accusation, que la criminalité avec *toutes ses circonstances* puisse et doive être suffisamment connue des juges de la compétence?

---

[1] Duverger, *Manuel du juge d'instruction*, t. I, p. 230.

L'examen d'un arrêt de la cour de cassation, dont un motif semblerait contester comme possible, avant les débats, cette connaissance du fait et de la criminalité, expliquera mieux ma pensée. — La cour d'assises d'Indre-et-Loire avait prononcé le bénéfice des circonstances atténuantes au profit d'un contumax ; son arrêt fut annulé par la cour suprême, qui se fondait, entre autres motifs, sur ce que l'existence des circonstances atténuantes ne saurait d'ailleurs être reconnue et déclarée que par le résultat d'un débat oral et contradictoire [3]. — Les auteurs de la *Théorie du Code pénal* ont vivement combattu ce motif ; leur argumentation vient si bien à l'appui de ma thèse que je la rapporte en entier ici :

« La Cour de cassation affirme comme une raison détermi-
« nante que les circonstances atténuantes ne peuvent être con-
« nues que par les débats oraux ; cette assertion est-elle exacte?
« N'est-il pas possible que d'après les pièces mêmes, dans la
« nature des faits, dans les interrogatoires écrits des témoins,
« la cour d'assises relève les faits d'excuse et d'atténuation?
« *Dans la plupart des procédures criminelles, les circonstances*
« *du crime ne sont-elles pas clairement établies par l'instruction*

---

[1] Art. 133, 229 et 231, Code d'instruction criminelle.

[2] Art. 221, même Code.

[3] Cass., 4 mars 1842 (Bulletin, n° 50).

« *écrite, et le jugement ne peut-il pas, dès lors, apprécier avec « précision la moralité et le véritable caractère des faits ?* La cour « d'assises peut reconnaître sur la procédure écrite, la non-existence des circonstances aggravantes et les écarter, elle peut « reconnaître, sur les mêmes pièces, l'innocence de l'accusé et « l'acquitter ; par quels motifs cette procédure ne serait-elle « vide d'éléments de décision qu'en ce qui concerne les circonstances atténuantes ? Que l'on prétende que ces circonstances « plus indéfinies, plus vagues, plus indéterminées, quelquefois « même attachées à la personne de l'accusé, seront plus difficiles « à constater en son absence, cela se conçoit. — L'unique conséquence sera qu'elles seront constatées moins souvent, mais « non qu'elles ne pourront jamais l'être. — Ainsi le motif tiré « de la prétendue impossibilité de reconnaître les faits d'atténuation sans un débat oral ne nous paraît pas fondé [1]. »

Que dirions-nous de plus et de mieux ? Ces considérations sont puissantes ; elles s'appliquent d'une manière complète aux chambres d'instruction, puisqu'elles prononcent sur pièces et sans débats oraux. — Sans insister davantage sur ce point, nous ferons toutefois remarquer que ces observations reviendront plus loin et sous un autre jour, produire leur vive argumentation à l'appui d'une proposition nouvelle.

Les faits sont connus. — Peut-on contester que leur appréciation ne soit alors facile, possible, et d'autant plus exacte qu'ils seront mieux révélés et relevés dans l'instruction écrite ?

Leur influence directe et indirecte a été déterminée ; pourrait-on prétendre que l'appréciation du caractère criminel de l'acte ne soit alors également possible et facile? Non sans doute, à moins de refuser aux chambres du conseil ou des mises en accusation les facultés intellectuelles les plus vulgaires, le sens moral le plus commun.

---

[1] *Théorie du Code pénal*, t. VI, p. 261. — Nous conviendrons sans peine que l'appréciation, par les chambres d'instruction, des circonstances atténuantes qui n'ont pas une relation bien directe avec le fait, qui se puisent dans les explications orales du prévenu appelé à rendre compte des impressions diverses sous lesquelles il a agi, seront quelquefois difficiles, pour des juges dont la majorité n'aura vu ni le prévenu, ni les témoins. — Mais que conclure d'un *quelquefois ?* Cela pourra-t-il faire que *le plus souvent* et *toujours* cette appréciation ne soit facile ? — La minimité du vol, le peu de gravité du crime, la provocation, l'ivresse involontaire, etc., ont-ils besoin des explications orales du prévenu pour être reconnus et pesés ? Et le juge d'instruction ne saurait-il, dans son rapport, suppléer à sa présence par la communication de ses impressions à ses collègues ? — Lorsque cette appréciation ne sera pas possible, il *n'y aura pas lieu à correctionnaliser*. Voilà tout.

— Vouloir, en admettant cette connaissance et cette appréciation comme possibles, distinguer entre les circonstances aggravantes, excusatives et atténuantes, et nier pour les unes ce que l'on accorde pour les autres, ce serait risquer un paradoxe en créant des exceptions que rien ne pourrait justifier. — La connaissance et l'appréciation des faits sont possibles, avons-nous dit, avant les débats : contestez, mais ne distinguez pas, car la justice n'a pas deux mesures.

L'enchaînement des idées nous conduit à examiner ici quelles sont, au point de vue théorique et pratique de la loi, la nature et l'étendue de cette appréciation des faits que peuvent se permettre les juges de la compétence.

La criminalité d'une infraction et de l'intention de l'agent, en un mot, la culpabilité peut, *in ipso facto*, être suffisamment connue et dégagée des circonstances qui la constituent ; — la loi le suppose, art. 241, Code d'instruction criminelle. Mais comment concilier cette supposition avec la limite qu'elle semble imposer à cette connaissance, en défendant aux juges de l'instruction d'apprécier ce qu'elle leur permet de connaître? le législateur pourrait-il, et aurait-il voulu à ce point diviser et suspendre les opérations les plus naturelles et les plus forcées de l'intelligence? je ne le pense point.

Les juges de la compétence, aux termes de la loi [1], ont à rechercher les traces et indices graves des crimes ; et, bornant leurs investigations à la constatation matérielle, extérieure du fait, à indiquer *la suffisance* de la culpabilité, ils devront s'assurer de la criminalité du fait pour le qualifier, et ne faire qu'effleurer la culpabilité de l'agent, pour le déclarer *suffisamment* coupable. Tel est, au bas mot de la lettre du Code d'instruction criminelle, ce que semblent appelés à faire les juges de la compétence : *des aveugles* qui, pour dire si le crime existe, ce qu'il est, et comment il est, doivent s'en tenir à palper le fait extérieurement. Or, dans de telles conditions, leur appréciation serait toujours forcément inexacte ou fausse, et la loi, qui a dû la vouloir juste et vraie, qui n'a pas entendu enlever un inculpé à ses juges naturels, sans de graves raisons, n'a pu ainsi éloigner les moyens de la fin qu'elle se proposait. — Il ne s'agit donc que d'approfondir et de bien comprendre le sens des dispositions légales.

---

[1] Art. 221, 229 et 231 du Code d'instruction criminelle.

Dans de pareilles conditions, l'appréciation du juge serait, en effet, forcément inexacte ; mais ces conditions, l'esprit de la loi, ou plutôt la loi de l'esprit, en affranchit l'intelligence. Dans l'examen que le fait matériel exige, les attributions des chambres du conseil et d'accusation, restreintes, en apparence, n'ont pas au fond des limites bien tracées; elles ont même comme une porte de sortie, dans la libre appréciation qui leur est laissée *de la suffisance* et *de la gravité* des indices ; et de là, par la force même du principe admis, la culpabilité du prévenu ne saurait rester à l'état embryonnaire dans l'opinion des juges de la compétence. — S'ils ont la libre connaissance du fait ; s'ils doivent en peser les indices, en déterminer *la gravité ;* s'ils peuvent analyser la culpabilité pour la déclarer *suffisante ;* s'ils ont à qualifier le crime ; dire, en un mot, ce qu'il est, et comment il est, ne faut-il pas que *les aveugles* ouvrent les yeux, qu'ils examinent, et qui pourrait alors réglementer la puissance et la subtilité de leurs regards, borner l'horizon de leur perspicacité naturelle, diminuer la délicatesse de leur sens moral? L'esprit humain, dans l'étude qu'il tente d'un fait, ne s'arrête pas devant toutes les barrières, il n'a pour dernière et véritable limite que l'impuissance qui restreint son essor, et, s'il voit, il compare, s'il compare, il juge ; et d'un examen qui, dès l'abord, devait n'être que superficiel, il arrive toujours à une connaissance plus ou moins approfondie de l'objet soumis à son attention.

Être et connaître, voir et savoir, sont des opérations de l'esprit tellement voisines et connexes, qu'elles se confondent.— De la connaissance à l'appréciation, il n'y a que l'épaisseur d'un acte intérieur que nul ne peut atteindre ; et le législateur ne peut avoir voulu diviser ce que la nature a ainsi réuni. — Aussi les juges de la compétence, pour n'avouer qu'en partie leur appréciation du fait et de la culpabilité, et obéir à la lettre de la loi, par la lettre de leur ordonnance, n'en ont pas moins une connaissance souvent très-exacte du véritable caractère de la criminalité du fait et de l'agent, car il leur a suffi de savoir les circonstances qui ont précédé, accompagné ou suivi le crime, pour qu'ils en aient senti, spontanément et malgré eux, l'immoralité coupable. — Ce qui ne peut être empêché doit rester permis.

Le fait et ses circonstances pourront donc être suffisamment appréciés, s'ils peuvent être suffisamment connus. — Or, ils peuvent être suffisamment connus, par l'instruction écrite : la loi elle-même, en dernière analyse, le suppose et l'exige ; car lorsque la procédure est complète, l'art. 241 du Code d'instruction criminelle impose, en effet, aux rédacteurs de l'acte d'accusation d'exposer le fait, *avec toutes les circonstances qui peuvent atténuer ou aggraver la peine*. — Cette dernière raison n'est pas la moins concluante, car s'il faut exposer ces circonstances, il faut non-seulement les connaître, mais encore avoir déterminé leur influence sur la culpabilité, et si leur véritable caractère d'atténuation ou d'aggravation de la peine est à ce moment appréciable, la détermination du caractère criminel ou correctionnel de l'infraction est par conséquent possible avant les débats, en dehors même de sa qualification légale.

Et maintenant, à moins de nier les lumières, l'expérience, l'intelligence et le sens moral des chambres du conseil ou d'accusation pour exalter la valeur du jury, il faut convenir que, dans la plupart des cas, l'appréciation qu'elles font des faits est telle qu'il ne reste plus aux jurés qu'à la rendre définitive, et à la sanctionner par leur verdict ; on doit reconnaître que, fréquemment aussi, les débats [1] n'ajoutent rien aux faits relevés par l'instruction écrite, et que s'il arrive que la peine appliquée correctionnalise le crime, ce n'est que par le fait des circonstances atténuantes ou excusatives, dont la loi semble avoir voulu que l'appréciation fût réservée aux juges de la condamnation.

---

[1] Je ne prétends pas d'une manière absolue que, lors de la mise en accusation, *toutes* les circonstances atténuantes puissent être connues. — Si, dans des cas rares, tel fait qui était resté ignoré est déclaré au milieu des débats ; si des aveux plus complets y présentent l'affaire sous un nouveau jour ; que conclure de là ?... sinon que dans certains cas très-exceptionnels, l'appréciation de la culpabilité sera inexacte ou plus difficile ; mais dire qu'elle sera toujours impossible, dire que l'ignorance de certains faits doit empêcher d'apprécier les autres, prendre le tout ou rien pour règle de certitude, c'est errer dans un sens comme dans l'autre. — Si les faits sont connus et appréciables, pourquoi ne seraient-ils pas appréciés ? S'ils sont ensuite inexactement pesés par les juges de la compétence, ceux de la condamnation pourront toujours réparer la première erreur en se déclarant incompétents, si le crime a été mal à propos correctionnalisé ; mais d'ordinaire les circonstances aggravantes et atténuantes n'attendent pas les débats pour se révéler. L'art. 241 du Code d'instruction criminelle n'est pas une lettre morte, et l'acte d'accusation sait toujours les relever.

Si donc, en résumé, les circonstances atténuantes ou excusatives peuvent être facilement connues par l'instruction écrite, si leur influence sur la criminalité et la culpabilité peut être suffisamment déterminée; il est juste de les prendre en considération, ainsi que les circonstances aggravantes ou péremptoires, pour la qualification exacte de l'infraction et un plus équitable règlement de la compétence, avec cette restriction forcée que la correctionnalisation bornera ses effets de l'application de l'article 463 du Code pénal aux crimes dont cet article abaisse la pénalité jusqu'aux dispositions correctionnelles de l'article 401.

Les juges de la compétence pourront-ils, sans excès de pouvoir, se permettre une aussi large appréciation des faits et l'application ainsi entendue des circonstances atténuantes? C'est ce que nous allons examiner.

2º *La correctionnalisation est logique.* — Elle est la conséquence utile des principes posés au seuil de notre législation pénale : les observations préliminaires l'ont déjà démontré : elle est logique avec les attributions des juges de la compétence.

L'application du bénéfice des excuses et des circonstances atténuantes au règlement de la compétence, ne peut se faire que par les juges de la compétence : *les chambres du conseil* ou *des mises en accusation.* — Cette nouvelle faculté ne serait pas aussi éloignée, qu'on peut le supposer, de leurs attributions actuelles; elle n'en serait même que le complément direct et nécessaire. Ces attributions sont ainsi indiquées, en duplicata, au Code d'instruction criminelle pour les crimes et délits.

Les chambres du conseil examineront :

Article 130. — Si le délit est *de nature à être puni de peines correctionnelles.*

Article 133. — Si le fait est *de nature* à être *puni de peines afflictives ou infamantes,* et si *la prévention* contre l'inculpé *est suffisamment justifiée.*

Les chambres d'accusation examineront :

Article 221. — S'il existe *des preuves ou indices* d'un fait qualifié *crime* par la loi, et si *ces preuves ou indices* sont assez *graves.*

Article 229. — S'il y a *des traces* d'un délit.... s'il y a *des indices suffisants* de culpabilité.

Article 231. — Si le fait est qualifié *crime* par la loi et s'il y a *des charges suffisantes*.

Les juges de la compétence ont donc à rechercher les traces, *les indices ou preuves* du fait ; à déterminer sa qualification légale, à indiquer les *charges*, *preuves ou indices* de culpabilité, à déclarer si elles sont *graves et suffisantes*. — Or, j'estime qu'une pareille appréciation ne pourra être exacte, comme je l'ai dit, si l'on fait abstraction des circonstances atténuantes, et qu'il serait plus logique, avec le but de la loi, de les admettre concurremment avec celles qui aggravent la faute. — En faisant déduction des unes, s'il est permis de s'exprimer aussi mathématiquement dans une matière aussi peu mathématique, ne déterminerait-on pas mieux le poids des autres, et partant le *quantum* de *gravité* des indices et *de la suffisance* de la culpabilité ?

Avant 1832, les attributions des chambres du conseil et des mises en accusation pouvaient bien, jusqu'à un certain point, paraître en harmonie avec l'ensemble de la législation et des idées de l'époque. Mais depuis les heureuses, quoique incomplètes, modifications de l'article 463, il s'est manifesté un désaccord pénible entre les conséquences reçues de l'ancien principe et les conséquences forcées de ce principe modifié. — La nature des peines a pu varier depuis au gré de certaines circonstances, et la compétence qui dépend de la nature des peines est restée invariable ; — le crime a pu devenir un délit, mais le juge des délits n'a pu en connaître. — Cette contradiction pourrait s'expliquer et se justifier même, je l'admets sous toute réserve, mais ne serait-il pas mieux de l'effacer de la loi, lorsque surtout une plus équitable délimitation des pouvoirs aurait à sa place le double avantage de mieux satisfaire sa logique et les nécessités de la répression ?

Chargés d'apprécier la criminalité jusqu'à un certain degré, c'est-à-dire avec les circonstances aggravantes ou péremptoires, les juges de l'instruction ne peuvent, en l'état de la jurisprudence, connaître de celles qui doivent l'atténuer ; par la raison qu'elles ne détruisent pas la criminalité, ce qui est fort contestable [1], on restreint les avantages du prévenu, contrairement à ce principe d'humanité : *odia restringenda, favores ampliandi* ; et l'on nuit ainsi à l'exactitude de l'appréciation sans un intérêt bien démontrable et sans un motif bien démontré de préférence et d'exclusion. — Des indices vont suffire pour déterminer un

---

[1] La jurisprudence a enlevé aux chambres d'accusation le droit d'apprécier

---

et d'admettre les circonstances atténuantes (Cass. 6 novemb. 1812, 25 février 1813, 17 mars 1818, 8 janv. 1819, 13 janv. 1820), par deux motifs qui peuvent être contestés, —(V. Achille Morin, vº *Chambre d'accusation*, p. 53, édit. de 1851.)

Le premier consiste à affirmer que les excuses ne détruisent pas la *criminalité* de l'action et modifient seulement son *caractère criminel ;* cette assertion est en elle-même contradictoire et contraire à l'esprit de la loi.

En effet, ce qui, au point de vue de la peine, caractérise une action, ce qui la fait sortir de la classe des actes indifférents et la désigne aux coups mérités de la loi, c'est son immoralité, sa perversité ; c'est son caractère immoral. — Les expressions de *caractère immoral* et d'*immoralité* étant synonymes, celles de *caractère criminel* et de *criminalité* doivent l'être aussi, et le sont réellement. — Or, la loi, ainsi que cela a été dit, a divisé les actes punissables en trois catégories, suivant la gravité du fait et la perversité de l'intention ; toute lésion de droit, pour être punie, doit rentrer dans l'une de ces catégories ; il n'est pas à cet égard de positions intermédiaires, elle est crime, délit ou contravention ou n'est rien, et ne peut être à la fois l'une et l'autre. Cela admis, un fait, pour modifier le *caractère* d'un acte, devra le faire passer nécessairement d'une catégorie dans une autre, sinon, au point de vue criminel, il restera toujours ce qu'il était, *crime*, s'il était dans la catégorie des *crimes ; délit* s'il était dans celle des *délits*. Il est donc contradictoire en soi de dire que ce qui *modifie le caractère criminel* d'un acte *ne détruit* pas sa *criminalité*, puisque la *criminalité* n'est pas susceptible de degré et que, du plus au moins, le fait conservera son *caractère criminel*, si la peine ne cesse pas d'être criminelle. En conséquence, tout fait qui modifiera la *nature* de la peine applicable modifiera par cela même le *caractère* de l'acte incriminé et en changera la *nature*.

L'argument de la Cour suprême est encore contraire à l'esprit de la loi, puisque les excuses, pour si peu qu'elles atténuent le *caractère criminel* de l'acte, anéantissent sa *criminalité* d'une manière si complète, qu'elles le font passer d'une catégorie dans l'autre, et le rendent désormais punissable d'une peine correctionnelle seulement ; et qu'ainsi que le reconnaissent les auteurs de la *Théorie du Code pénal*, t. IV, pag. 120 : « Du moment où les excuses légales sont établies, l'accusé se trouve n'avoir commis, en définitive, qu'un *simple délit*. » Se prévaloir du texte de l'art. 326 Code pénal, pour prétendre que le fait n'a rien perdu de sa *criminalité*, puisque tout excusé qu'il soit, la dénomination de *crime* lui est conservée (*S'il s'agit de crime*, dit-il), c'est faire une mauvaise guerre de mots, car il est évident que l'art. 326 par ces expressions, *s'il s'agit de crime*, a voulu dire : *s'il s'est agi* d'un crime ; si le fait *avait* d'abord été *qualifié de crime* ; *s'il était crime*, s'il en avait les apparences *avant d'être excusé*, et n'a pas voulu dire autre chose ; car il est aussi juste que rationnel de reconnaître que du moment où il est excusable, quelque regrettable que soit l'acte matériel d'un crime, l'intention coupable étant absente, ce renvoi en cour d'assises et la certitude que le fait y sera reconnu délit, y sera correctionnalisé, ne suffira pas pour le correctionnaliser dans les chambres du conseil et des mises en accusation. Elles pourront, d'un autre côté, au moyen d'un mensonge flagrant, correctionnaliser un vol qualifié en écartant les circonstances les mieux établies d'escalade, d'effraction, de nuit, de maison habitée, parce que le coupable n'aura pu trouver et voler qu'une somme minime ; et l'on enverra devant le jury celui qui, dans un moment d'exaspération, en état d'ivresse involontaire, aura fait en résistant une blessure grave aux agents de l'autorité (art. 230-231).

Je vais plus loin, car il est facile ici de réduire la conséquence à l'absurde, si je puis m'exprimer ainsi.

Le règlement de la compétence et la qualification légale comportent, exigent même, l'appréciation des circonstances constituant la criminalité du fait (ou y ajoutant) : telles que l'effraction, l'escalade des murs ou clôture d'un appartement ; or, les juges de la compétence seraient-ils plus embarrassés d'apprécier et de déterminer l'effet de ces circonstances pour (art. 322, Code pénal), que contre l'inculpé (art. 381, Code pénal) ? Son âge serait-il d'une constatation plus difficile que son état d'ivresse ou sa surdi-mutité sans éducation[1] ? — Si, pour le mineur de 16 ans,

---

n'est plus qu'un malheur dont l'élément punissable est tout dans un accident sans perversité. Le *crime* a disparu, si la pensée n'est *plus criminelle.....* (Arg. art. 56, Code pénal comparé avec l'ancien, art. 56, modifié en 1832.)

Le second motif consiste à dire qu'on a pensé que l'appréciation des faits d'excuses *était réservée* aux cours d'assises, par les art. 339 et 367 Code d'instruction criminelle. — Il y aurait donc incompatibilité, ou du moins inconciliabilité, à permettre cette appréciation aux juges de la condamnation et à ceux de la compétence?

La raison donnée n'est fondée qu'en apparence ; cette réserve en faveur du jury ne pourrait s'établir que par un texte plus formel que celui des art. 339 et 367, ou en démontrant le danger ou l'impossibilité à admettre la même faculté concurremment dans les deux pouvoirs ; or, cela n'est pas possible, puisqu'il pourrait très-bien arriver que, dans certains cas, les juges de la compétence n'ayant pas reconnu les faits d'excuse ils pussent être proposés au jury et admis par lui. — Ainsi, l'argument tiré des art. 339 et 367 n'est pas concluant puisqu'il n'établit pas une réserve absolue en faveur du jury, de la faculté d'apprécier les excuses, à l'exclusion des chambres d'instruction, et que cette double appréciation des mêmes faits ne présenterait aucun danger réel et aucune inconciliabilité légale. — Les raisons données par la jurisprudence restent donc contestables.

[1] Il semble qu'on ne doive pas assimiler la facilité de constater la circon-

on peut faire la part de la passion, de la légèreté, de la faiblesse d'esprit, ne peut-on pas de même avoir égard à la passion, à la faiblesse d'intelligence de celui que l'ivrognerie ou l'ivresse avait tout à fait abruti? quelle serait la raison qui défendrait dans un cas ce qu'elle permet dans l'autre: dans chacun, le travail de l'esprit ne sera-t-il pas le même? faut-il, pour l'appréciation de ces deux culpabilités, deux poids et deux mesures? et peut-on trouver égal que le mineur de 16 ans, dont parfois la malice supplée l'âge, *malitia supplet œtatem*, soit renvoyé devant la correction paternelle des tribunaux de première instance [1], et que, pour un fait identique, on doive renvoyer le majeur de 16 ans que son ivresse involontaire, sa simplicité d'esprit, sa bonne foi, ou toute autre excuse manifeste, fera acquitter à coup sûr? — Ici comme là, le même pouvoir ne pourrait-il jouir des mêmes attributions? — *Ubi eadem ratio, ibi idem jus.*

Les chambres d'instruction sont investies du droit d'apprécier aussi les circonstances qui dépouillent le fait incriminé de tout caractère criminel, et ne peuvent pas moins, dit la jurisprudence [2]. — Elles ont la faculté de constater qu'il y a crime, mais que, grâce à telle circonstance, le fait n'est plus même un délit; — que, par telle autre circonstance, un simple délit se transforme en crime, et elles ne peuvent, en se tenant dans un juste milieu, *in medio virtus*, déclarer que par telle autre circonstance, le crime n'est en réalité qu'un simple délit. — « *Elles pourront,* « disent MM. Adolphe Chauveau et Faustin Hélie, *reconnaître* « *dans la procédure écrite la non-existence des circonstances aggra-*

---

stance de l'âge avec celle de la constation de toute autre circonstance. —L'âge s'établit par un acte de l'état civil qui fait foi jusqu'à inscription de faux, tandis que les autres ne s'établissent que d'une manière contestable, par témoins, pour l'ivresse, par exemple, car nul ne sait à quel degré un homme est ivre, pas même lui. — Mais pourquoi la preuve par témoins, pour les faits qui ne peuvent pas autrement s'établir, ne serait-elle pas, en l'absence d'une preuve contraire, sur la même ligne que l'acte écrit? — Elle suffit bien pour constater les circonstances aggravantes ou justificatives; pourquoi ne suffirait-elle pas pour constater les faits d'excuses ou d'atténuation? Dans un cas comme dans l'autre, ne mérite-t-elle pas une égale créance, et des témoins sont-ils moins croyables lorsqu'ils attestent l'ivresse d'un prévenu que lorsqu'ils attesteront la provocation ou la légitime défense? Probante une fois, la preuve testimoniale doit l'être toujours, et pour ce qu'elle est appelée à constater, doit être sur la même ligne que la preuve écrite.

[1] Art. 68, Code pénal. — [2] Cass., 17 févr. 1838.

« *vantes et les écarter ; elles pourront reconnaître sur les mêmes* « *pièces l'innocence de l'accusé et prononcer le non-lieu* ; *par quels* « *motifs cette procédure ne serait-elle vide d'éléments de décision* « *qu'en ce qui concerne les circonstances atténuantes*[1] ? » — Singulières attributions, appréciation boiteuse qu'il serait urgent de redresser, de rendre plus conséquente et mieux appropriée aux nécessités de la répression. — Car cet examen de la procédure que l'on cantonne ainsi, devient forcément incomplet, et ce qui le prouve mieux encore que tous les arguments, c'est le danger que cet état de choses entraîne ; c'est que le fait inexactement qualifié, parce qu'il n'a pas été tenu compte des circonstances qui réduisent à rien sa criminalité, revient de la cour d'assises avec une peine correctionnelle, souvent avec un acquittement immérité, et cela quelquefois pour les trois quarts des affaires[2].

La décision de la chambre du conseil ou d'accusation pour être juste doit être vraie ; et pour être vraie, doit tout comprendre dans l'examen qui la prépare. Un fait ne s'isole pas sans danger, pour son véritable caractère, des faits variés qui l'entourent : — c'est avec son cortége d'excuses et d'aggravations qu'il doit être admis devant les juges de la compétence, c'est tel qu'il est dans son ensemble et ses détails, qu'il doit être vu, pesé et qualifié ; hors de là, le doute, le vague, l'indéfini. — Et il est si vrai que, pour être exacte, l'appréciation d'un crime ne doit pas le séparer des circonstances qui l'accompagnent, qu'elles sont toujours moins des accessoires que les éléments qui le constituent ; voici en quels termes s'exprimait à ce sujet l'exposé des motifs de la loi, en 1832 : « Les circonstances atténuantes ne « sont pas des accessoires du fait principal ; elles sont une par« tie essentielle de ce fait lui-même ; et elles en déterminent le « plus ou moins haut degré d'immoralité. — Ce vol est moins « criminel parce que le coupable n'a pas eu pleine connaissance « de son crime, parce qu'il a été séduit, passionné, parce qu'il « a fait des aveux, témoigné du repentir, essayé une réparation ; « comment détacher ces détails du fait principal ? » — A moins donc de poursuivre et d'inculper des abstractions, il convient de peser l'infraction dans sa gangue, si je puis m'exprimer ainsi, de ne pas la dépouiller de ses éléments extérieurs pour bien en juger la gravité : *atténuants*, justificatifs ou *aggravants*, peu importe, pourquoi distinguer? à identité de position, identité de décision.

---

[1] Théorie du Code pénal, *loc cit.*

[2] Statistique criminelle pour 1850 à 1852.

Les faits une fois connus, leur influence atténuante ou excusative de la criminalité est, avons-nous dit, appréciable avant les débats; — quels motifs sérieux pourraient s'opposer à cette appréciation? de quels principes de législation ou d'équité pourrait-on argumenter? de quel inconvénient se prévaloir pour résister encore?

La mission des chambres d'instruction est de s'assurer de la criminalité de l'infraction, et d'effleurer la culpabilité dans le vague des indices suffisants. — Or, il semble, objectera-t-on, que, la loi n'ayant pas défini les circonstances atténuantes, la liberté d'appréciation que vous demandez pour les juges de la compétence, ouvrira tout d'abord la porte à un arbitraire sans frein comme sans limite; et d'un autre côté en permettant de mettre en balance le chimérique et capricieux attirail des circonstances personnelles, des antécédents de position sociale, etc., n'expose-t-on pas les juges à entrer plus avant qu'il n'est permis dans la discussion et l'analyse de la culpabilité, à préjuger, à poser d'avance le crime ou le pardon sur le front de l'inculpé, lorsqu'il suffit qu'il apparaisse seulement que nul plus que lui n'est l'auteur du crime?

A l'arbitraire entrevu dans cette libre appréciation des circonstances atténuantes, j'oppose comme barrière naturelle l'obligation de *les mentionner* et de *motiver* leur application dans l'ordonnance de renvoi en police correctionnelle, — à l'empiétement supposé possible sur les attributions des juges de la répression, par un préjugement de la culpabilité, l'analogie de ce qui est avec ce qui sera répond d'avance que rien ne sera changé, et que pas plus que par le passé, le juge de la compétence n'excédera ses pouvoirs, et (sans revenir sur cette appréciation permise *de la suffisance et de la gravité des indices*, ce qui du plus au moins pourrait bien être considéré comme un préjugement, car dire qu'on est suffisamment coupable c'est reconnaître qu'on l'est complétement[1]. J'ajouterai que l'appréciation des circonstances atténuantes ou accusatives ne préjugera pas plus alors l'atténuation, que la mention des circonstances aggravantes ne préjuge la culpabilité et l'aggravation de la peine. — Rien ne résiste donc à l'introduction de cette amélioration dans nos lois pénales. — On ne peut rien dire, rien prévoir, moins encore satisfaire à toutes les exigences : la logique elle-même que nous invoquons ici pourrait peut-être trouver à redire à notre argumentation. — La logique ! — mais que d'erreurs ne justifie-t-on et ne commet-on pas en son nom !

---

[1] La culpabilité est une et indivisible, elle n'existe pas si elle n'est entière : on ne peut être, en effet, coupable pour 1/3 ou 1/4, on l'est ou on ne l'est

L'application de l'art. 463 au règlement de la compétence, aura entre autres avantages à ce moment de rendre plus exacte la qualification légale de l'infraction et de mieux signaler son véritable caractère, en la présentant comme crime *atténué ou qualifié*, suivant les circonstances : en effet, l'art. 463, ainsi du reste que cela résulte de l'esprit qui a présidé à sa rédaction[1], a réuni, dans les diverses catégories de ses huit paragraphes, les modifications qu'une révision détaillée aurait introduites dans chaque article du Code ; — tous y trouvent comme une suite, un complément qui vient s'ajuster sans difficulté à chacune de leurs dispositions pénales et ne former avec lui qu'un seul et même article ; de telle façon qu'à chaque espèce d'infraction du Code cet art. 463 ajoute une variété : en édictant de nouvelles peines pour une même infraction, dans d'autres circonstances, le législateur n'a-t-il pas reconnu en elle un acte différent, une culpabilité particulière, et créé ainsi la nouvelle variété des *crimes atténués ?* — La qualification légale pour être exacte ne doit pas faire abstraction de l'art. 463, et si le crime, *en fait,* doit être présenté tel quel, avec toutes les circonstances ; *en droit,* sa qualification doit se puiser dans l'article qui directement le prévoit et le frappe, et dans celui qui indirectement le punit comme *crime atténué.*

Ma pensée se traduira mieux par un exemple. — La loi prévoit plusieurs espèces de vols ; depuis le vol simple jusqu'au vol avec les cinq circonstances aggravantes des art. 381, 382, 383, 384, 386, 387 du Code pénal. — Or, supposez à la suite de chacun de ces articles les dispositions favorables des paragraphes 2, 3, 4, 5 et

pas, et la décision qui prononce là-dessus ressemble fort à un jugement; l'art. 15 de la loi du 26 mai 1819 va jusqu'à se servir de cette expression pour désigner l'ordonnance de la chambre du conseil.

[1] V. plus haut l'extrait de l'exposé des motifs.

6 de l'art. 463 qui les concernent, le vol, avec les circonstances atténuantes, ne deviendra-t-il pas une variété de chacun des vols prévus auxdits articles ? n'est-il pas évident qu'à la suite des vols *qualifiés-atténués*, les vols avec circonstances aggravantes, viendront les vols *qualifiés-atténués*, les vols avec circonstances aggravantes et atténuantes, dont la qualification légale, pour être exacte, demandera la mention des unes et des autres, de celles qui le réduiront aux proportions d'un simple délit, aussi bien que de celles qui l'élèveront à la hauteur d'un crime ?

Ces observations s'appliquent *à fortiori* aux *crimes excusés.*

En résumé, il doit donc être admis 1° que le règlement de la compétence exige, pour être juste, qu'il soit tenu compte par les chambres d'instruction des circonstances qui atténuent la peine, en bornant toutefois leur examen à *des indices suffisants* d'atténuation comme il se réduit, pour les autres, *aux indices suffisants de culpabilité.* 2° Que la qualification légale du fait, pour être exacte, doit accepter le crime avec toutes ses circonstances et viser les dispositions pénales qui l'aggravent, l'excusent ou l'atténuent.

L'appréciation et l'application ainsi entendues, avant les débats, des dispositions et des circonstances atténuantes ou excusatives du Code sont incontestablement logiques avec les principes reçus en matière de pondération des peines et de règlement de compétence. — Pour n'être pas arbitraire, cette application sera *motivée* ; — *motivée* et *provisoire*, la correctionnalisation est toute là ; *provisoire*, car, n'étant qu'indicative de juridiction, la décision des chambres d'instruction ne saurait lier les juges de la répression, devant qui, tout à nouveau sera publiquement débattu, et qui la confirmeront par leur silence ou la réformeront en se déclarant incompétents.

A qui des chambres du conseil ou des chambres d'accusation donner la préférence, pour confier à l'une d'elles la faculté de correctionnaliser ?

Les chambres d'accusation, par la plénitude de juridiction, les lumières et la longue expérience des magistrats qui les composent, présentent les plus solides garanties, cela est incontestable ; mais il ne sera pas inutile d'énumérer quelques-uns des avantages qui devraient faire donner la préférence aux chambres du conseil.

Les chambres du conseil sont d'ordinaire dans des conditions plus favorables que les chambres d'accusation pour étudier le fait dans ses plus intimes détails, saisir son véritable caractère et mieux peser les circonstances qui apparaîtront autour de lui comme excusatives ou atténuantes. — Sur le théâtre du crime, les particularités leur échapperont moins, le sentiment public, la cause probable de l'acte les pénètrent, les entourent, les instruisent.—Dans son rapport, le juge d'instruction pourra donner à ses collègues des explications qu'un réquisitoire définif ne comporte pas toujours; il leur communiquera ses impressions sur les regrets, le repentir, la sincérité, la spontanéité des aveux, le développement physique, intellectuel et moral de l'inculpé. — Voilà pour l'exactitude des appréciations.

Dans l'intérêt de l'inculpé et de la prompte expédition des affaires, les chambres d'instruction réclament encore ce complément d'attributions à l'exclusion des chambres d'accusation : en effet, on abrége ainsi la détention préventive, en supprimant tout au moins les inévitables lenteurs et les pertes de temps employé à transmettre le dossier à la cour, par elle à prendre connaissance de l'affaire, et à renvoyer le dossier aux premiers juges en cas de correctionnalisation.

Cela posé, — l'introduction dans notre législation de cette conséquence des articles 463, 326 et 68 du Code pénal serait facile, il suffirait : — d'ajouter à la suite de l'art. 133 du Code d'instruction criminelle, qui ordonne, en cas de crime, le renvoi des pièces au procureur général, cette disposition exceptionnelle : *Néanmoins, et dans le cas où les peines peuvent, par l'effet des circonstances atténuantes ou excusatives, perdre leur caractère criminel, si les juges reconnaissent dans le fait incriminé, des circonstances suffisantes d'excuses et d'atténuations, il pourra être fait, au règlement de la compétence, application provisoire et motivée, en fait et en droit, des dispositions modificatives de la nature des peines, et l'inculpé sera renvoyé devant le tribunal de police correctionnelle*; — de mettre les art. 463 et 68 du Code pénal en harmonie avec ces nouvelles attributions, en supprimant dans le premier § de l'art. 463 les mots de : *Le jury aura déclaré*, et *des accusés* [1], etc., pour les remplacer par ceux-ci : *contre*

---

[1] Art. 463, § 1. Les peines prononcées par la loi contre celui ou *ceux des accusés* en faveur de qui le *jury aura déclaré* des circonstances atténuantes seront modifiées ainsi qu'il suit:... Rédaction nouvelle. — Les peines prononcées par la loi contre celui ou ceux *en faveur de qui les circonstances atténuantes seront reconnues*, se trouvent modifiées ainsi qu'il suit...

celui ou ceux en faveur de qui les circonstances atténuantes seront reconnues; et en faisant disparaître de l'art. 68, les expressions de : *autres que ceux que la loi punit de mort*, etc., et *de la détention* [1]. Sauf rédaction, telles me paraîtraient devoir être la formule et les modifications législatives, qui mettraient en pratique ce système de la correctionnalisation.

3° Les objections qui peuvent se produire ici, sont en grande partie réfutées par ce qui précède, surtout à l'égard de ce qui serait observé sur l'abus possible d'une trop grande liberté dans l'arbitration des peines que semblerait entretenir cette nouvelle attribution des chambres du conseil, car outre que la liberté d'arbitrer les peines n'est pas étendue, que l'application de l'article 463 est seulement divisée d'une manière plus équitable, nous avons vu que l'arbitraire, dans les peines, n'est pas aussi dangereux qu'on peut le craindre, et qu'il est, au contraire, à supposer qu'en donnant aux juges de la compétence le droit d'apprécier la sévérité de la loi et de préjuger provisoirement et jusqu'à un certain point, son application pénale, ils n'en abuseraient pas plus que les juges de la cause n'abusent aujourd'hui de l'art. 463.

Quels seraient donc les inconvénients à redouter ?

A. — Un corollaire de l'objection précédente formule ici et pour la seconde fois [2], comme un inconvénient grave, la difficulté de circonscrire dans de justes limites ce pouvoir qui sera excessif, s'il n'est pas réglementé, ce qui ne peut se faire, dira-t-on, sans définir et énumérer les indéfinissables et innombrables circonstances atténuantes.

---

[1] Art. 68. L'individu âgé de moins de 16 ans, qui n'aura pas de complices présents au-dessus de cet âge, et qui sera prévenu de crimes *autres que ceux que la loi punit de la peine de mort*, de *celle des travaux forcés à perpétuité*, de la *peine de la déportation* ou de *celle de la détention*, sera jugé par les tribunaux correctionnels qui se conformeront aux deux articles ci-dessus. — Rédaction proposée. — Art. 68. L'individu âgé de moins de 16 ans, qui n'aura pas de complices présents au-dessus de cet âge, et qui sera prévenu d'un crime *quelconque, sera, par application du dernier paragraphe de l'art.* 133 *du Code d'instruction criminelle* (qui organise la correctionnalisation), jugé par les tribunaux correctionnels, qui..... etc.... Comme au texte. — On pourrait à la rigueur ne pas toucher à cet article ; sa modification n'aurait d'autre importance que de confirmer le paragraphe ajouté et l'art. 133.

[2] Nous n'avons répondu qu'en partie à cette objection pages 372, 373. Nous la reproduisons ici pour compléter notre réfutation.

La première barrière à opposer à ce pouvoir, qui semble exorbitant, parce qu'il est nouveau, se trouve d'abord dans le projet indiqué, ensuite dans le Code d'instruction criminelle. — Dans le projet, par l'obligation qu'il impose aux juges *de motiver* l'application des dispositions atténuantes ou excusatives, et *de mentionner* les faits et les considérations de nature à modifier la culpabilité. L'accomplissement de ce devoir proscrira l'arbitraire possible de la correctionnalisation, puisqu'elle sera motivée et que les motifs en fait et en droit seront sérieux et nullement fondés sur ces vagues considérations, dont l'indulgence du jury et les phrases sonores des défenseurs recherchent les vaines et vides apparences. — Du reste, les chambres du conseil sauront répondre aux exigences de la répression et à la confiance du législateur; elles se garderont de l'arbitraire; par l'esprit de justice, et d'un préjugement, par le sentiment de la loi et de la division des pouvoirs; elles ne jugeront pas, ainsi qu'il est dit, elles se borneront à relever les motifs suffisants d'atténuation, comme les indices suffisants de la culpabilité.

Au surplus, le frein légal de la correctionnalisation se trouve d'avance dans le Code. — L'ordonnance de la chambre du conseil n'est qu'indicative de juridiction : or les juges de la condamnation n'étant point liés par la décision qui les a saisis, le tribunal pourrait toujours, même d'office, se déclarer imcompétent, s'il apparaissait des débats, que le fait a été arbitrairement ou inexactement qualifié délit et qu'au lieu d'avoir à juger un délinquant, il a à connaître d'un véritable crime, le tout, sans préjudice, pour plus de garantie, du droit d'opposition du ministère public et de la partie civile (art. 135), à l'ordonnance qui a correctionnalisé si les motifs ne leur en paraissaient ni justes ni fondés.

Je considère comme un avantage en matière de correctionnalisation, la faculté laissée aux juges de la répression de se reconnaître incompétents, dans le cas où la déclaration et l'application provisoires des circonstances atténuantes, par la chambre du conseil, seraient inexactes ou trop *arbitraires*. — Pour aller au-devant de toute objection à ce sujet, il m'avait d'abord paru plus naturel d'examiner, si les embarras des procédures en règlement de juges, suites nécessaires des renvois pour incompétence, ne viendraient pas retarder *trop souvent* la solution de certains procès criminels : mais je n'ai pas cru devoir m'arrêter devant cette apparence de difficulté, par le motif que je ne pouvais signaler comme un inconvénient ce que je regarde comme un avantage, puisque ainsi que je viens de le dire, cette liberté du tribunal de se déclarer incompétent sera le frein légal et nécessaire de l'arbitraire en correctionnalisation.

Seulement, je me permettrai d'ajouter ici que l'examen de cette question m'eût inévitablement conduit à cette alternative, ou de conclure à la modification de la législation sur les règlements de juges, ce qui aurait excédé le cadre de cette étude, ou de demander pour les décisions de la chambre du conseil le pouvoir d'être *attributives de juridiction*, ce qui présenterait des inconvénients plus graves que ceux auxquels on voudrait obvier. — D'un autre côté, si l'on considère que les renvois pour incompétence ne pourront avoir lieu qu'autant que les juges de la répression nieront *l'existence même* des faits atténuants reconnus et visés par la chambre du conseil[1], on verra que ces renvois seront plus rares qu'ils ne paraissent devoir l'être, plus rares même que ceux auxquels donne lieu aujourd'hui la correctionnalisation, par le rejet des circonstances aggravantes, qui se pratique si heureusement pour les vols qualifiés; et l'on comprendra que des craintes aussi peu fondées ne pouvaient à mes yeux justifier aucune objection sérieuse.

B. — On peut encore argumenter de ce qu'une première application du bénéfice de l'art. 463, par la chambre du conseil, paraissant ne pas devoir en exclure une seconde par les juges de la cause, il y aura abus, si par un double emploi, on en fait ainsi deux fois profiter le prévenu. — A un autre point de vue, c'est une objection tirée de la maxime *non bis in idem*.

Il faut autant se garder d'une extrême logique, que d'une justice extrême, et je conviens, qu'entendue ainsi, la correctionnalisation serait mal comprise et présenterait un sérieux inconvénient. Mais telle n'est pas la conséquence où doit aboutir le système proposé. — La solution et l'examen de cette difficulté nous obligent à entrer dans quelques détails sur l'application des peines et de l'art. 463, en distinguant entre les crimes *excusés et les crimes atténués provisoirement* par la chambre du conseil.

---

[1] Ce sera là une pure question de fait sur laquelle le tribunal aura rarement à se prononcer; que le prévenu n'aura aucun intérêt à soulever, puisqu'il ne pourrait le faire qu'en niant alors les circonstances atténuantes qu'il lui importerait d'invoquer devant une autre juridiction ; et que le ministère public qui n'aurait point fait opposition à l'ordonnance de renvoi en police correctionnelle soulèvera, nous le croyons, plus rarement encore.

Pour les premiers, si la déclaration d'excuse dans l'ordonnance est confirmée par le tribunal, il y aura lieu, selon les cas, 1° d'appliquer au crime correctionnalisé les dispositions des art. 67, 69 ou 326, Code pénal. — 2° Si, outre l'atténuation commandée par les excuses, il se trouve, à côté des motifs d'excuses, des circonstances atténuantes, d'appliquer au crime excusé le dernier paragraphe de l'art. 463, et la peine pourra être alors réduite jusqu'au taux de celles de simple police. — Et il n'y aura là rien de forcé, rien d'exagéré, la décision sera juridique [1]. La première réduction de la pénalité est entièrement indépendante de celle qu'entraîne l'art. 463 : « car, disent les auteurs de « la *Théorie du Code pénal* [2], l'excuse légale et les circonstances « atténuantes ont deux objets distincts ; l'excuse admet, dans « l'appréciation morale du crime, un fait particulier puisé dans « les circonstances qui ont accompagné sa perpétration et qui « modifient sa gravité intrinsèque ; les circonstances atténuantes « permettent de faire concourir, dans la même appréciation, des « faits secondaires qui appartiennent moins au crime lui-même « qu'à la personne de l'agent, et qui, toutefois, tels que son âge, « son caractère, sa position sociale, son état d'ivresse, servent « à déterminer sa criminalité réelle. — Or, comment un fait « d'excuse légale pourrait-il exclure ces circonstances ? Pourquoi « ne seraient-elles point admises pour caractériser dans toute sa « vérité l'action poursuivie ? » — Ce n'est point là un double emploi de l'art. 463, c'est son emploi justement entendu, et la loi ne résiste pas à cette double atténuation. — C'est le cumul des dispositions excusatives et atténuantes. « Mais ce n'est point un « double bénéfice, ajoutent les auteurs de la *Théorie*, que cumule « l'agent, car, si l'excuse légale est établie, il se trouve qu'il « n'a commis, en définitive, quel que soit le résultat de son ac- « tion, qu'un simple délit ; et comment ce délit pourrait-il être

---

[1] V. Carnot, t. II, pag. 90. — Rauter, t. II. pag. 54. — Cass. 13 sept. 1850. — Voir aussi et surtout un travail aussi complet que profond, publié dans cette Revue par le savant professeur de Toulouse, M. Molinier, année 1851, p. 228 et suiv.

[2] *Théorie du Code pénal*, t. IV, pag. 120.

« privé d'une faculté d'atténuation qui s'étend à tout ? Le texte « confirme cette interprétation, l'art. 463 dispose *pour tous les « cas où la peine d'emprisonnement* est prononcée par le Code, « et l'art. 326 ne prononce que cette peine lorsque l'excuse est « admise. »

Quant aux crimes *atténués*, pour lesquels les dispositions modificatives des peines conduisent l'atténuation jusqu'aux peines correctionnelles, la correctionnalisation et sa confirmation à l'audience ayant absorbé le premier degré de l'art. 463, le degré criminel de la peine, le droit facultatif du tribunal se bornera à graduer la peine correctionnelle dans les limites de deux à cinq ans, ou de un à cinq ans, paragraphe 5 et 6, art. 463, mais sans pouvoir descendre jusqu'aux peines de simple police.

Ces infractions ne sont point en effet des délits d'une manière absolue avant leurs condamnations correctionnelles, pour avoir droit au bénéfice du § 8 de l'article 463 ; jamais, quant à ces faits, *la peine de l'emprisonnement* n'est prononcée par le Code, et si l'ordonnance de la chambre du conseil leur enlève éventuellement leur criminalité, par l'application provisoire du § 5 de l'article 463, n'est-ce pas reconnaître que, subordonnant leur qualification définitive à la déclaration publique des circonstances atténuantes, cette décision, qui ne lie point le tribunal, ne change point la nature de ces infractions ? Elles seront *des crimes*, tant qu'elles seront exposées à des *peines criminelles* [1]. — Il se peut qu'elles ne soient et n'aient jamais été que de simples *délits*, mais à la condition que le jugement les déclarera telles par l'application *définitive* des §§ 5 ou 6 de l'art. 463. — Mais cette application n'a lieu qu'à l'égard *des crimes*.—Un *crime* pourrait-il prétendre au bénéfice du § 8 de cet art. 463 ? Évidemment non.

Aux termes de la loi, auxquels nous ne dérogeons pas, le double emploi de l'art. 463, pour *les crimes atténués* n'est donc point possible ; et l'objection, comme pour *les crimes excusés*, porte à faux.

---

[1] Le caractère indéterminé, et pour ainsi dire mixte, des crimes correctionnalisés permet de les considérer à la fois comme des délits, quant au règlement de la compétence, par l'application *provisoire* de l'art. 463, et comme des crimes, quant à l'application définitive du même article, lors de la décision qui déterminera leur véritable nature.

C. — Mais un reproche plus sérieux ne pourrait-il pas être adressé au système proposé de correctionnalisation ? On vient de lui reprocher d'être excessif : ne pourrait-on pas, à l'inverse, l'accuser d'être insuffisant ? — En effet, basé qu'il est sur l'art. 463, il partage les avantages et les imperfections de cet article, il ne peut pas plus que lui ; et puisque cet article ne correctionnalise que les crimes qui ne sont point punis de mort, des travaux forcés à perpétuité et de la déportation, nous n'atteignons qu'en partie le but que nous nous sommes proposé. — Nous laissons en dehors de la correctionnalisation, certains crimes qui dans des circonstances données ne mériteront pas la solennité des assises, et notamment certains vols punis de peines perpétuelles (V art. 381 et 383).

Cette objection bien que fondée est-elle péremptoire ? non. Je ne cherche ni à l'affaiblir ni à l'éviter, je conviens que l'application de l'art. 463 au règlement de la compétence sera quelquefois insuffisant pour assurer la répression ; mais pour quelques cas rares où l'on aura à regretter l'impuissance de cet article et l'élévation de la peine directement prononcée par la loi, faudra-t-il rejeter une amélioration si pratique et si nécessaire qui présente de si nombreux avantages et un terme à tant d'abus, parce qu'elle ne les proscrit pas tous ? ne serait-elle qu'une demi-mesure, la mesure proposée doit être acceptée, si le bien qu'elle apporte avec elle est plus considérable que le mal qu'elle laisse subsister, et l'objection à son tour doit être repoussée comme insuffisante, car si le mieux est l'ennemi du bien, il faut, en attendant mieux, au mal présent, préférer le bien qui l'efface.

Je pourrai répéter ici, avec plus d'à-propos peut-être ce que j'ai dit plus haut, que le mode proposé de correctionnalisation ne résisterait pas à l'action simultanée de celui qui se pratique dans le silence de la loi, par le rejet des circonstances aggravantes ; son concours ne viendrait-il pas suppléer quelquefois heureusement à l'insuffisance de l'art. 463, et n'aurait-on pas du moins alors pour justifier son emploi l'esprit de la loi, qui lui manque aujourd'hui ? — Je laisse donc à un amendement le soin de consacrer la tendance qui l'a introduit, s'il en est besoin, persuadé qu'en l'état l'absence d'une disposition législative à ce sujet ne serait pas bien regrettable, car il sera vraiment bien rare que des crimes punis de mort, ou de toute autre peine perpétuelle, manquent de gravité au point de ne mériter que des peines correctionnelles. — Je ne parle point des crimes politiques : la liberté individuelle réclame peut-être pour cette nature de faits la solennité et quelquefois même, suivant les temps, l'indulgence des assises.

D. — La conséquence de la correctionnalisation des crimes sera, dit-on, *l'annihilation du jury.* — L'annihilation, non : mais la restriction de la faculté qu'il a d'appliquer des peines correctionnelles ; oui. — Atteindre ce but, ce sera rendre aux tribunaux de première instance près de 3,000 inculpés qui tous les ans reçoivent un châtiment correctionnel ou un acquittement immérité des cours d'assises ; 3,000 prévenus qui seront rendus à leurs juges naturels, à qui la honte des assises sera épargnée ; et qui pourrait contester qu'un tel résultat ne fût un bénéfice pour la société ? ne doit-il pas être plutôt signalé au chapitre des avantages qu'à celui des inconvénients ? — Si, en définive, il amenait une réduction dans le nombre des cours d'assises ; que les assises pussent dès lors être transférées au chef-lieu du ressort de la cour impériale, ne serait-ce pas un résultat à présenter comme un argument de plus en sa faveur ? En l'état des améliorations des routes et des moyens de locomotion, le facile et moins onéreux déplacement des témoins pourrait-il devenir à cet égard un obstacle ; et ne serait-ce point pour le trésor une notable économie à la suite d'une plus exacte distribution de la justice[1] ?

E. — Quant aux objections tirées de la plus ou moins grande impossibilité pour les chambres du conseil de découvrir et d'apprécier les circonstances atténuantes, avant les débats, voir ce qui a été dit, page 360 et suivantes.

4° Au double point de vue de l'intérêt général et du prévenu, la correctionnalisation présente de nombreux avantages.

---

[1] Cette réduction du nombre des cours d'assises est, en effet, une conséquence immédiate de la correctionnalisation ; mais comme elle entraînerait un plus grand déplacement pour les témoins, on ne pourrait la réaliser qu'à la suite d'une loi modificative des tarifs criminels, modification qui devrait tenir compte des moyens de locomotion mis à si bon marché à la portée de tout le monde par l'extension donnée aux chemins de fer et au service des messageries.

La société y gagnera en premier lieu, en voyant mettre un terme à ces acquittements d'autant plus déplorables qu'ils se produisent au milieu d'une plus grande et plus solennelle publicité; elle y trouvera une répression plus juste et plus efficace, comme effet moral, et comme proportionnalité de la peine. — Comme effet moral; puisque le coupable sera frappé sur le théâtre même du crime et que les témoins de la faute le seront aussi du châtiment. — Comme proportionnalité de la peine; en ce que les juges du lieu, connaissant mieux le prévenu, son caractère, ses antécédents, sa position sociale, sa famille, les motifs intimes, déterminants et les détails du fait, satisferont mieux aux exigences de la vindicte publique, en conciliant la nécessité d'un exemple avec une modération, ou une rigueur, quelquefois conmandées par le sentiment public, la moralité et les habitudes du pays. Alors les juges qui auront pu être indulgents dans la chambre du conseil, auront en compensation le droit d'être d'autant plus sévères sur leurs siéges; et la justice gagnera en respect dans la proportion de l'énergie et de la rigueur apparentes de ses décisions publiques.

Inutile d'ajouter que la diminution des procédures criminelles réalisera pour le trésor une notable économie.

Le prévenu trouvera d'abord une abréviation de prison préventive, il n'aura plus à attendre quelquefois pendant trois mois l'ouverture d'une session d'assises. Cette pénible translation publique à travers des populations qui ne lui sont pas quelquefois étrangères; la nature de la peine qui le frappera sera moins flétrissante; il évitera la solennité du débat, qu'une plus grande publicité environne, ainsi que les frais qu'un plus grand déplacement des témoins entraîne toujours. En outre le prévenu, devant le tribunal correctionnel, ne se trouvera-t-il pas, *in limine litis*, dans une position plus favorable que devant la cour d'assises après même la déclaration de sa culpabilité avec circonstances atténuantes? Là le bénéfice du deuxième degré dans l'abaissement de la peine est facultatif; ici, il sera obligatoire pour la juridiction inférieure qui confirmera la correctionnalisation, en ne repoussant pas le prévenu pour incompétence.

Autre avantage non moins important à relever:

La correctionnalisation permettra de réserver aux cours criminelles, par un triage bien entendu, les infractions graves, les crimes *qui en vaudront la peine*. — Moins défiants dès lors sur la prétendue facilité des magistrats à leur envoyer des accusés sur les moindres indices ; convaincus ainsi qu'une plus sévère circonspection préside aux mises en accusation, les jurés s'habitueront à voir moins d'innocents traduits devant eux, ils se feront à plus de rigueurs — et les acquittements deviendront moins nombreux : — cet affermissement dans la répression, quoique relatif, relèvera le jury de sa réputation d'inexpérience et de faiblesse; et la crainte d'un châtiment plus certain préviendra plus efficacement le crime que la rigueur du châtiment même, car, ainsi que je le disais en commençant, l'important est moins de rendre les peines sévères que de les rendre inévitables.

Cette mesure enfin, dont le but pricipal est d'arrêter les désastreux résultats de l'impunité, aura encore cette heureuse conséquence de préparer les voies pour une révision du Code pénal, et une atténuation plus logique dans la nature des peines, car, dit Bentham : *plus on augmente la certitude de la peine, plus on peut en diminuer la rigueur.*

5° L'introduction de la correctionnalisation dans nos Codes serait facile, ai-je dit, elle n'en changerait ni l'ordre, ni l'économie. — J'ajouterai en terminant *qu'elle serait suivant leur esprit*, qu'elle ne serait pas même nouvelle, car s'il lui fallait des précédents pour autoriser son droit de cité dans notre législation pénale, elle pourrait invoquer l'article 68 du Code pénal.

L'article 68 est purement et simplement la correctionnalisation comme nous l'entendons : — mais seulement elle est restreinte, c'est l'application d'une circonstance atténuante au règlement de la compétence ; il s'exprime ainsi : Article 68. — *L'individu de moins de 16 ans,*— circonstance atténuante de l'âge,— *qui n'aura pas de complices présents au-dessus de cet âge et qui sera prévenu de crimes autres que ceux que la loi punit de mort, de travaux forcés à perpétuité ou de la déportation*, — c'est-à-dire des peines que les circonstances atténuantes, suivant l'article 463, peuvent abaisser jusqu'aux dispositions de l'article 401,— *sera jugé par les tribunaux correctionnels.* — La correctionnalisation par le moyen proposé n'est que l'application généralisée du principe qui a dicté cet article. — Je ne vais même pas si loin, car, au lieu de vouloir une disposition impérative, ce n'est qu'une faculté que je demande pour les chambres du conseil ; qu'elles puissent faire pour toutes les circonstances atténuantes et excusatives ce que la loi leur *ordonne* de faire pour la circonstance atténuante de la minorité de 16 ans, et ce sera justice.

Ce sera justice et ce sera logique : de cette façon, les attributions aujourd'hui tronquées des juges de la compétence seront complétées, et la loi régularisera ainsi, en la légitimant, cette tendance que des circulaires ont avec raison encouragée ; la correctionnalisation sera plus franche et plus large, et l'on atteindra légalement un but auquel on ne parvient que par des détours, des fictions et des violences faites à la loi.

III

Toute loi naît d'un abus, — disait l'éloquent Portalis, dans l'exposé des motifs du Code Napoléon ; j'ai essayé, dans la mesure de mes forces, de signaler un abus et d'indiquer le moyen de le réprimer ; je n'ai ni l'intention, ni la prétention d'imposer mon opinion ou de patronner une idée nouvelle. — J'ai cru et je crois à une amélioration possible ; elle me paraît praticable et j'ai voulu le prouver ; que le succès ait ou non trahi mes efforts et trompé mes espérances, je ne puis mieux terminer cet essai qu'en le recommandant de l'actualité du sujet, et en étayant ma manière de voir de l'opinion d'un jurisconsulte éminent, savant magistrat dont la spécialité en pareille matière ne pourrait être contestée. — M. Duverger, dans une note de son *Manuel du juge d'instruction*, tome I, page 275, observe que : « *des faits d'excuses* ne peuvent motiver le renvoi au tri-
« bunal correctionnel d'un fait qualifié crime ; — mais il serait
« à souhaiter, ajoute-t-il, QU'UNE LOI CONSACRAT UNE DISPOSITION
« CONTRAIRE ; ainsi l'on ne verrait plus soumettre aux cours
« d'assises des faits insignifiants qui produisent des frais énor-
« mes, allongent les sessions outre mesure et entraînent des
« acquittements inévitables, malgré les preuves les plus posi-
« tives de culpabilité, confirmées le plus souvent par les aveux
« même des accusés. »

C'est ce vœu que nous avons paraphrasé et étendu aux circonstances atténuantes ; c'est sa facile réalisation que nous croyons avoir démontrée ; — mais il n'est pas exclusif de celui que nous avons déjà formulé d'une révision générale et détaillée du Code pénal ; — l'œuvre est difficile, elle sera longue, je le sais ; mais il y a tant à espérer d'un gouvernement ami de la justice et des grandes choses [1] ! La science a fait des progrès, résolu des problèmes, le siècle a marché. — La législation pourrait-elle se traîner à la suite de la civilisation ? — Pour commander le respect des nations, il faut que les lois soient au-dessus et en avant d'elles : ce n'est qu'à cette condition que nos Codes se maintiendront à la hauteur où l'admiration universelle les a déja placés.

GUSTAVE ROUSSET.

DOT. — ALIÉNATION. — EMPRISONNEMENT DU MARI. — SEPTUAGÉNAIRE.

Par M. BAUBY, avocat, docteur en droit.

La femme dotale peut-elle critiquer et faire tomber l'aliénation de ses biens dotaux, consentie avec l'autorisation du tribunal et selon les formes voulues par la loi, dans le but de tirer son mari de prison, lorsque celui-ci a été incarcéré, *quoique septuagénaire*, c'est-à-dire, alors que l'incarcération était nulle ? Dans cette hypothèse, les tiers acquéreurs de bonne foi pourront-ils être légitimement inquiétés ; ou, ce qui est la même chose, le tiers de bonne foi, qui a prêté les fonds, en vertu d'un jugement, autorisant la femme à emprunter avec hypothèque sur ses biens dotaux, doit-il perdre sa créance ?

La question qui vient d'être posée est neuve en jurisprudence ; elle a été décidée pour la première fois, du moins à ma connaissance, par un arrêt de la cour de Montpellier, du 22 décembre 1852. Voici les considérants de cet arrêt qui se prononce pour la négative :

« Considérant que les appelants allèguent vainement aujourd'hui que le sieur Pesquié étant âgé de 70 ans à l'époque de son incarcération, l'emprisonnement était illégal et que la liberté du débiteur pouvait être obtenue sans recourir à un emprunt, il en résulte que, nonobstant l'autorisation accordée, l'acte d'obligation du 27 janvier 1844 doit être annulé ; — considérant, en effet, qu'aux termes du jugement du 18 janvier 1844, l'autorisation d'emprunt avait été accordée pour l'un des cas expressément prévus par la loi, que le sieur Lazeu de Peyralade, dont la bonne foi ne peut être contestée, a contracté sur la foi d'un acte régulier émané de l'autorité judiciaire, qu'il n'avait pas à s'enquérir de la réalité des faits qui avaient déterminé l'autorisation; — qu'il lui suffisait de savoir que ces faits rentraient dans l'une des hypothèses où l'aliénation de la dot est permise; — considérant que si l'on pouvait ainsi remettre en question la validité de l'autorisation accordée avec l'observation des formalités reçues, l'intervention de la justice ne serait qu'une formalité vaine et illusoire, un piége véritable tendu à la bonne foi des tiers; — qu'une telle exagération des principes conservateurs de la dot entraînerait les plus fâcheuses conséquences pour les femmes elles-mêmes; — qu'elle les placerait dans l'impossibilité absolue d'aliéner leur dot, pour les besoins les plus urgents, pour les causes les plus légitimes; — que les tiers ne pouvant dans un tel système traiter avec sincérité, même avec la garantie des formes judiciaires, refuseraient tout crédit aux femmes dotales, qui se trouveraient en fait frappées d'une interdiction radicale de contracter, ce qui serait non moins préjudiciable à l'intérêt privé de la famille qu'à l'intérêt public. »

---

[1] Cette révision pour être générale et complète devrait réunir, dans le même Code, les dispositions éparses au *Bulletin des lois*, concilier celles qui sont contradictoires, effacer les inutiles, et, par un classement plus méthodique, mettre ordre et clarté dans cette partie un peu confuse de notre législation.

Cet arrêt de la cour impériale de Montpellier, sur lequel les circonstances favorables de la cause ont exercé une grande influence, a le tort grave, selon moi, de ramener à une question de fait, ce qui n'est et ne peut être qu'une question de droit et de principe. Il en est de même du jugement du tribunal de Perpignan, sur lequel l'appel est intervenu, qui ne paraît pas même avoir aperçu la question de droit; tandis que l'arrêt dont nous venons de rapporter les motifs, a su la déguiser avec habileté. — Ce jugement en effet se borne à dire : « que l'irrégularité prise de ce que le mari débiteur était âgé de 70 ans et n'était pas contraignable par corps, ne saurait être opposée au tiers, qui a prêté les fonds de bonne foi, en vertu d'un jugement qui autorisait la femme à faire cet emprunt; d'ailleurs, ajoute-t-il, le dol ne se présume pas, c'est à celui qui allègue la mauvaise foi à la prouver, et l'on n'articule aucun fait de nature à établir qu'il y ait eu connivence entre Peyralade et la dame Pesquié, pour obtenir par le sacrifice des ressources de cette dernière, — une mise en liberté qu'ils auraient su, vu l'âge de l'incarcéré, devoir être la conséquence naturelle de la loi, qui affranchit de la contrainte par corps les septuagénaires. »

Tels sont les seuls éléments jurisprudentiels connus sur la question que nous nous proposons d'étudier. Quant à la doctrine, elle n'a pas prévu une espèce aussi rare.

Dans cette situation, quel sera notre avis? — Si nous nous placions au même point de vue que le tribunal de Perpignan et la cour impériale de Montpellier, nous ne pourrions qu'applaudir à la solution que nous venons de faire connaître. Elle serait conforme, en effet, aux principes généralement admis par la doctrine et par la jurisprudence. « S'il ne s'agit que d'une erreur de fait, dit M. Marcadé, dans son commentaire de l'art. 1558, nº VI *Explication du Code Nap.*, t. VI, p. 75), si le tribunal, par exemple, s'est laissé surprendre par la fraude et a déclaré sérieux un emprisonnement qui n'était qu'une ruse, l'acquéreur ne saurait être inquiété : ce n'était pas à lui, mais à la justice de vérifier et de constater les faits, et il a pu s'en rapporter à elle sur ce point. » Telle est encore la doctrine de M. le premier président Troplong [1]. — La jurisprudence a rendu presque toujours ses arrêts dans ce sens [2].

Mais, nous l'avons déjà dit, les décisions dont nous nous occupons ici, ont été rendues à un faux point de vue; nous pensons qu'il ne s'agit pas d'une question de dol ou de fraude, d'une erreur de fait. On ne vient pas demander la nullité de l'aliénation ou de l'emprunt, sous le prétexte que les faits allégués pour motiver l'autorisation n'étaient pas vrais; nous sommes sur un autre terrain, et l'on vient prétendre que l'autorisation a été accordée dans un cas pour lequel le législateur n'a pas voulu la permettre.

Il est vrai que la question ainsi posée souffre elle-même controverse. Quelques arrêts décident que le tiers acquéreur de bonne foi ne peut être inquiété, lorsque l'autorisation a été obtenue dans des circonstances où la loi ne la permettait pas; mais il est à remarquer que ces arrêts suivent la même voie que l'arrêt de Montpellier, et changent la question de droit en une question de fait[1], quelquefois ils ajoutent, ce qui n'est autre chose qu'une véritable pétition de principe : « attendu que lorsque les magistrats investis par la loi du droit d'autoriser une femme à contracter un emprunt, ont décidé après un examen scrupuleux, qu'elle se trouvait placée dans un ou plusieurs des cas où la loi permettait de lui accorder cette faculté, une telle autorisation devient un acte légal, parfait et inattaquable, à l'égard de ceux qui sur sa foi ont consenti à faire le prêt ; — attendu que les tiers n'ont point à apprécier eux-mêmes, ce qui a été apprécié par les magistrats compétents, l'autorisation accordée dans ce cas à la femme, étant pour eux une preuve juridique de sa capacité de contracter. » L'on voit que la cour de Lyon, qui s'exprimait ainsi dans son arrêt du 4 juin 1841, n'a pas même essayé de résoudre la question de droit, qu'au contraire elle l'a préjugée.

---

[1] *Contrat de mariage*, t. IV, nº 3499.

[2] Voy. Caen, 12 juin 1842. — Cass., 17 mars 1847. — Rouen, 29 mai 1847. — Cass., 30 décembre 1850. (Deville, 42, 2, 402; 47, 1, 576; 48, 2, 245; 50, 1, 29.)

Depuis cette époque, on peut dire que la jurisprudence a totalement changé, c'est-à-dire, depuis l'arrêt de la cour de cassation, du 26 avril 1842[2], qui établit bien clairement, que le jugement d'autorisation ne suffit pas pour purger le vice dont l'aliénation est infectée, « parce que la loi n'exige pas seulement que l'aliénation ait été autorisée en justice, qu'elle exige surtout, qu'elle ait été consentie dans un des cas d'exception qu'elle a déterminés. »

Quelques mois après, la cour de Caen, dans un arrêt du 12 juin 1842[3], précisait avec clarté les véritables principes, distinguant le cas dans lequel l'aliénation est attaquée sous le prétexte que les faits allégués pour obtenir l'autorisation du tribunal n'étaient pas vrais (cas dans lequel cette prétention serait non recevable), d'avec celui dans lequel l'aliénation serait attaquée, « soit parce que les faits sur lesquels le tribunal s'est fondé pour l'autoriser, n'étaient pas de ceux qui, d'après la loi, pouvaient y donner lieu, soit parce que quelque formalité substantielle a été négligée. »

La doctrine s'est-elle écartée de cette solution ? Loin de là ; Zachariæ, dans son langage concis et juridique, s'exprime ainsi : « Si le juge avait permis l'aliénation d'un immeuble dotal, sans une juste cause, l'aliénation serait nulle, tout comme si les époux l'avaient faite sans permission de justice [1]. » — M. le premier président Troplong est du même avis, qu'il développe en ces termes : « Le tribunal s'est mis au-dessus de la loi ; il a enfreint, par erreur ou par surprise, une règle d'ordre public. L'inaliénabilité de la dot proteste contre cet égarement, et il faut rentrer dans la loi. De quoi peut se plaindre l'acquéreur ? En examinant les pièces, comme c'est son devoir avant de traiter, il a pu reconnaître l'erreur du titre et le vice de son acquisition ; dès lors il ne saurait puiser dans le jugement une fin de non-recevoir contre l'action de la femme [2]. »

---

[1] Grenoble, 9 novembre 1839. — Lyon, 4 juin 1841. (Devill., 1840, 2, 209 ; 1841, 2, 612.)

[2] Devill., 1842, 1, 542.

[3] *Id.*, 1842, 2, 462.

Enfin, M. Marcadé n'hésite pas à se prononcer en ce sens : « Si l'erreur du jugement, dit-il, est une erreur de droit, si son vice est d'avoir permis la vente alors qu'il n'existait et que le tribunal ne constatait qu'un fait ne rentrant pas dans ceux de notre article...... l'acquéreur répondra de cette erreur, qu'il a connue ou dû connaître ; *nemo jus ignorare censetur* [3]. »

N'oublions pas que les deux derniers auteurs, dont nous venons de rappeler la doctrine, sont anti-dotalistes, car l'opinion que nous adoptons avec eux recevra de cette considération une force plus grande. Ces auteurs n'ont pu méconnaître, malgré leur antipathie pour le régime dotal, que l'intérêt de la femme devait passer avant celui des tiers même de bonne foi.

Dans cette situation, en présence de cette doctrine généralement admise, contre laquelle les *Recueils* ne signalent aucun arrêt depuis 1842, nous n'avons plus qu'à en faire l'application à notre espèce. De cette manière, par une déduction logique et simple, nous arriverons à une solution contraire à celle de la cour de Montpellier ; mais avant tout il faut admettre, ce que nous démontrerons tout à l'heure, que nous sommes en présence d'une erreur de droit. C'est là le point capital en tout ceci.

Nous disons donc : Le tiers de bonne foi est responsable lorsqu'il a contracté avec la femme dans un des cas que l'art. 1558 ne prévoit pas, quoique le tribunal lui ait accordé l'autorisation d'aliéner ses immeubles dotaux. — Voilà le principe. — Si le mari, quoique septuagénaire, est mis en prison pour dettes, sommes-nous dans l'un des cas que réglemente l'art. 1558 ? Non, car le mari est en prison illégalement, il peut en sortir sans que le sacrifice de la dot soit nécessaire, en invoquant l'art. 2066. Dès lors nous ne retrouvons plus le principe dont s'est inspiré le législateur et que le conseiller d'Etat Berlier retraçait en ces termes, dans son exposé des motifs du titre du contrat de mariage, etc. — « Dans ces divers cas, *lorsqu'ils sont bien constatés*, il est aisé de reconnaître l'*empire de la nécessité* ; et la loi ne saurait avec sagesse refuser ce que réclame une telle cause. » — Que conclure de là ? C'est que l'art. 1558 n'est pas applicable et que la femme ne doit pas perdre sa dot. Nous pouvons donc ajouter que la doctrine de MM. Zachariæ, Troplong, Marcadé, etc..., qui est celle de la cour de cassation et de la cour de Caen, dans les arrêts précités, nous conduit d'une manière inévitable à la solution que nous venons de présenter.

---

[1] *Cours de Droit civil français*, trad. de MM. Aubry et Rau, t. III, p. 589 § 537.

[2] *Contrat de mariage*, t. IV, n° 3496, p. 617.

[3] *Explication du Cod. Nap.*, t. VI, art. 1558, n° VI, p. 75.

Maintenant nous éprouvons le besoin de moraliser, en quelque sorte, la doctrine que nous venons d'exposer sommairement, et de la justifier.

Il faut reconnaître que de prime abord elle paraît fort étrange, car elle ne tient aucun compte de la bonne foi du tiers, qui a contracté sous la garantie des formes judiciaires requises. Pourquoi demander qu'il ait plus de prudence que le tribunal lui-même, dont la mission est de protéger la dot de la femme ? Pourquoi vouloir, dans l'espèce soumise à la cour de Montpellier, qu'il soit doué d'une sagacité impossible ? N'est-ce pas le cas ou jamais, de faire fléchir la logique rigoureuse des principes devant les nécessités de la pratique ?

Cette dernière considération aurait pu être, à mon avis, l'un des motifs les plus sérieux de l'arrêt de la Cour ; et toutefois, j'ajouterai qu'elle lui aurait elle-même fait défaut. Quelle est, en effet, la pensée créatrice du régime dotal ? Qu'on veuille l'approuver ou le combattre, on est obligé de convenir que cette pensée n'est autre chose que celle-ci : Mettre en sûreté la fortune de la femme destinée à l'entretien du ménage, au moyen de l'inaliénabilité ; afin qu'elle soit une ressource et un asile, en quelque sorte, pour les enfants à naître du mariage, pour la femme et pour le mari lui-même, si à la suite de revers ou de spéculations hasardées, il voit disparaître sa fortune personnelle. Il est donc toujours vrai de dire à ce point de vue, comme on le disait à Rome, mais pour d'autres motifs : *Interest* *reipublicæ, mulieres dotes salvas habere.* L'intérêt public est lié au principe de l'inaliénabilité dotale. Or l'intérêt public passe toujours avant l'intérêt privé, même avant l'intérêt des tiers de bonne foi. « La conservation l'emporte sur la bonne foi, l'intérêt public sur le droit privé, l'utilité sur la morale [1]. » Telles sont les conséquences du régime dotal selon M. Troplong. —L'utilité sur la morale ! dit cet éminent magistrat, comme pour se venger d'un régime qui lui est odieux ; mais il n'en affirme pas moins notre proposition. — Ailleurs [2] il dit encore : « Il est *rigoureux* de vouloir que le tiers, qui traite avec la femme sur le vu du jugement, soit plus sage, plus éclairé, mieux instruit de la loi que ce jugement lui-même. Mais, enfin, nul n'est censé ignorer la loi. D'ailleurs ne sommes-nous pas dans le régime dotal ? Ignorons-nous à quelle sévérité il conduit envers le tiers ? » — Enfin M. Marcadé : « *C'est une bien triste chose* qu'un régime qui exige qu'un homme du monde ait plus de lumières, plus d'intelligence du Droit, que les tribunaux eux-mêmes ; mais telle est la loi..... *dura lex*, *sed lex* [3]. »

Faut-il donc se résigner à souscrire à ces accusations contre le régime dotal ? Non. — Qu'y a-t-il d'étonnant, en effet, à ce que ce régime protecteur pour la famille exige des tiers plus de prudence, plus de sagesse que de la part des tribunaux ! *Est-ce là une bien triste chose*, le sacrifice de la *morale à l'utilité !* Loin de là. C'est simplement une exigence parfaitement en rapport avec la nature même des choses, en harmonie avec les habitudes de chacun. Nous avons plus de sollicitude pour ce qui nous touche, pour nos propres affaires, que pour celles d'autrui, quelles que soient d'ailleurs les lumières que nous possédions. — Le tribunal est chargé d'autoriser la femme, dans les cas prévus par l'art. 1558, à consentir l'aliénation de ses biens dotaux, il examinera, d'après les mœurs communes, s'il n'y a pas de fraude, s'il s'agit d'un cas formellement prévu par la loi, et il prononcera avec parfaite connaissance de cause, le plus souvent du moins. S'il se présente cependant une de ces circonstances exceptionnelles, qui font que l'espèce soumise à son appréciation ne rentre pas dans les cas indiqués par le législateur, et que le tribunal ne l'ait pas prévue parce que dans la connaissance sérieuse, mais rapide, qu'il prend de chaque affaire, elle a dû lui échapper, on ne peut pas, humainement parlant, attaquer sa sagacité, sa sagesse et ses lumières. Mais il ne doit pas en être ainsi relativement au tiers de bonne foi, qui n'est pas préoccupé au même degré, d'une multitude d'intérêts divers; qui doit apporter toute sa vigilance à étudier les circonstances dans lesquelles il agit et contracte, et stimuler la sagacité de ses conseils à rechercher (puisque nous sommes dans la matière nécessairement rigoureuse de la dotalité) si l'aliénation a été réellement permise dans l'un des cas exceptionnellement prévus. Voilà pourquoi les erreurs de Droit lui sont imputables : *Vigilantibus, non dormientibus jura subveniunt.* Sans nul doute il lui faut beaucoup de prudence pour découvrir une circonstance qui a échappé aux investigations du tribunal; mais il traite sa propre affaire, à qui doit-il imputer ce défaut de prudence, sinon à lui-même? — Puisqu'il en est ainsi, peut-on dire que l'on ait fait le sacrifice de la morale à l'utilité?

---

[1] *Contrat de mariage*, t. IV, n° 3514, p. 624.

[2] *Id.*, n° 3496, p. 607.

[3] *Explic. du Cod. Nap.*, t. VI, art. 1558, n° VI, p. 75 et suiv.

Nous sommes donc arrivé à ce point, qu'il n'y a point immoralité à demander à chacun plus de sollicitude et d'intelligence pour sa propre chose, qu'à l'autorité chargée de veiller aux droits de tous. L'observation exacte des mœurs communes, de ce qui a lieu le plus souvent parmi les hommes, devait conduire à ce résultat.

Si nous revenons maintenant à notre hypothèse, on aura beau dire qu'il s'agit d'une circonstance bien difficile à prévoir : peu importe la difficulté, lorsque la possibilité existe et alors surtout qu'il s'agit d'une matière rigoureuse et dans laquelle l'intérêt public l'emporte toujours sur l'intérêt privé. — D'ailleurs, la difficulté de constater cette circonstance, est-elle donc si grande qu'on veut bien le dire? N'était-il pas naturel de soupçonner, par la représentation du contrat de mariage, dont la date remontait dans l'espèce au 1er vedémiaire an III (22 septembre 1793) que le mari était septuagénaire? (Il lui suffisait d'être âgé de plus de vingt ans au moment de son mariage, pour avoir atteint sa 70e année, à l'époque où la contrainte par corps était exercée, 1843.) N'en sera-t-il pas de même dans toutes les circonstances de la même nature, excessivement rares du reste, qui pourraient se présenter? — Dès lors pourrait-on raisonnablement soutenir que toutes les prévisions de la prudence humaine devaient être nécessairement en défaut?...

Je persiste donc de plus fort dans la critique que j'ai essayée contre l'arrêt de la cour de Montpellier, et j'écarte sans hésiter toutes les considérations savamment déduites du reste, pour faire reposer sa solution sur l'intérêt privé de la famille et sur l'intérêt public. Nous savons au contraire que le véritable intérêt public, le véritable intérêt de la famille, se trouvent ailleurs.

Après avoir établi que la morale et la saine équité ne condamnent point notre système, il nous reste à examiner un point que nous avons déjà touché au début de cette dissertation, et qui en est en réalité toute la pensée, à savoir : que la nullité demandée devant la cour de Montpellier était fondée sur ce que l'autorisation du tribunal était viciée d'une erreur de droit et non pas seulement d'une erreur de fait. La Cour l'a dissimulé habilement de la manière suivante : « Attendu que le tiers n'avait pas à s'enquérir de la réalité des faits qui avaient déterminé l'autorisation ; — qu'il lui suffisait de savoir que ces faits rentraient dans l'une des hypothèses où l'aliénation de la dot est permise. » — Que devons-nous en penser ? S'il ne s'agissait que d'une erreur de fait, toutes les considérations qui précèdent seraient inutiles et devraient tomber, l'arrêt demeurerait inattaquable. — Au contraire, s'il s'agit d'une erreur de droit, elles conservent toute leur force, et il faut convenir que l'arrêt a été mal rendu. Ce point est d'une grande importance ; nous allons l'étudier avec soin.

Il est généralement reconnu que le tiers acquéreur de bonne foi, doit s'enquérir si l'autorisation du tribunal a été accordée dans l'un des cas où l'aliénation de la dot est permise. — Or, je pose et je soutiens que dans l'hypothèse actuelle, le législateur n'a pas voulu permettre l'aliénation.

Rapprochons de notre art. 1558, les doctrines de notre ancienne jurisprudence, à laquelle le législateur a voulu s'en rapporter (l'observation en fut faite par M. Portalis dans la séance du 4 brumaire an XII). De ce rapprochement pourront surgir quelques vérités utiles. — Dans notre ancien Droit, l'on admettait généralement, que la femme pouvait aliéner sa dot ou s'obliger contrairement au sénatus-consulte velléien, pour délivrer son mari prisonnier pour crime ; nous ne trouvons plus le même accord, lorsqu'il ne s'agissait que de dettes civiles : le président Fabre soutenait qu'elle ne le pouvait plus alors : « parce qu'en ce cas, le mari ayant en mains le remède et le secours de la cession des biens, peut se passer du secours de sa femme [1]. » Cette opinion était suivie dans le ressort du parlement de Bordeaux et en Normandie [2]. — Le Code Napoléon n'a fait aucune distinction et c'était justice, car dans les deux cas *non est perditura uxor*, elle se dépouille pour une *justa et honesta causa ;* il importe que l'intérêt public attaché à l'inaliénabilité dotale soit sacrifié pour la prospérité du ménage, il faut avant tout mettre fin à une captivité honteuse et dommageable pour la famille « parce que, comme dit Louet (lett. A, som. q) la prison du mari est celle de sa femme et la liberté de l'un est celle de l'autre [3]. » — Que résulte-t-il du rapprochement rapide que nous venons de faire entre la législation présente et celle des temps antérieurs? Il en résulte que c'était autrefois *une question de droit* diversement résolue que celle de savoir si l'aliénation de la dot était permise, afin de délivrer le mari incarcéré pour dettes civiles ; — que c'était encore *une question de droit* que celle de savoir si l'aliénation était permise pour tirer le mari de prison, lorsqu'il pouvait faire cession de biens ; question de droit qui avait reçu une solution négative de quelques auteurs, mais en petit nombre. Cette opinion « le Code civil l'a proscrite en ne la reproduisant pas, a dit M. le premier président Troplong. Et, en effet, la cession de biens est un bénéfice volontaire de la part du mari, et un bénéfice dont il peut répugner à user, à cause de la diminution de considération qu'elle entraîne après elle [4]. »

Puisque nous venons de citer M. Troplong, n'est-ce pas comme *question de droit*, et non pas comme point de fait, que le savant magistrat demande si l'aliénation de la dot est permise lorsque le mari pourrait user du bénéfice de la cession des biens? — N'est-ce pas encore sous le même point de vue qu'il envisage la question de savoir si dans la communauté « le mari étant en prison et pouvant faire cession de biens, la femme est fondée à obtenir de la justice l'autorisation d'obliger sa personne, ses biens et les biens de la communauté pour lui procurer son élargissement [5]. » — Toujours question de droit, dans les hypothèses dont nous venons de parler ! Ne doit-il pas en être de même, dans l'espèce que nous étudions ?

---

[1] Catellan, *Arrêts remarquables du parlement de Toulouse*, liv. IV, ch. I, t. II, p. 3.

[2] Troplong, *Contrat de mariage*, t. IV, n° 3438.

[3] Roussile, *De la Dot*, t. I, p. 427.

[4] M. Troplong, *Contrat de mariage*, t. IV, n° 3443.

[5] *Id.*, t. II, n° 969.

Et pourquoi donc en serait-il autrement ? pourquoi voudrait-on assimiler ce cas à celui dans lequel l'autorisation a été surprise au tribunal par suite de fraude ? Il n'y a ici ni dol ni fraude, il y a une incarcération illégale, et pas autre chose ; nous devons supposer nécessairement le mari et la femme de bonne foi, sans quoi il n'y a plus de difficulté. Ce ne peut être donc que par erreur de droit, qu'ils n'ont pas fait usage de l'art. 2066. Dès lors, est-il juste de tenter une assimilation impossible ? — Que le tiers acquéreur de bonne foi ne puisse être inquiété, lorsque c'est par des manœuvres frauduleuses que l'autorisation a été arrachée à la justice, l'équité le demande. En est-il de même lorsque le mari et la femme étaient, eux aussi, de bonne foi ?

Faisons un pas de plus. Supposons qu'une demande en nullité de l'aliénation ait été formée par les époux, sur le fondement de la circonstance toute spéciale de l'âge du mari, que le tiers acquéreur n'ignorait pas, et que, par impossible, la Cour, tout en constatant en fait que le tiers avait connu cette circonstance, eût maintenu l'aliénation. Son arrêt ne pourrait-il pas être déféré avec succès à la censure de la Cour suprême ? Oui sans doute, car nous savons que lorsque le tiers acquéreur avait connaissance de la situation juridique dans laquelle l'autorisation du tribunal a été accordée, contrairement à l'art. 1558, il est responsable. La Cour aurait méconnu ces principes incontestables, elle aurait implicitement résolu d'une manière affirmative la question de droit, que l'on pourrait formuler de la sorte : « Le tribunal peut-il autoriser la femme à aliéner sa dot pour tirer le mari de prison, lorsque le mari est septuagénaire et par conséquent doit être mis en liberté, par la seule application de l'art. 2066 ? » Tout cela est pour ainsi parler d'une vérité palpable. Arrivons jusqu'au bout et supposons que le tiers acquéreur qui avait connaissance de l'âge du mari, fût cependant de bonne foi, ignorant les dispositions de l'art. 2066, et se trouvant placé comme le mari et la femme eux-mêmes sous l'empire d'une erreur de droit, et que cette circonstance favorable eût précisément motivé l'incroyable arrêt que nous imaginons. Cet arrêt serait-il inattaquable et la Cour régulatrice ne pourrait-elle le frapper ? Qui voudrait le soutenir ? *Nemo censetur ignorare legem.*

Eh bien ! nous ne nous trouvons plus qu'à un pas de l'espèce de l'arrêt de Montpellier. Ici et là nous voyons un acquéreur de bonne foi. Il est vrai que dans un cas ce tiers ignorait les dispositions de la loi, et que, dans l'autre, il ignore un fait qui change la situation juridique. Mais n'importe! Dans l'une et dans l'autre hypothèse n'est-il pas en faute? S'il eût été prudent, il n'aurait rien ignoré, ni le droit ni le fait. Pourquoi donc la solution serait-elle différente? Car enfin peut-on soutenir dans l'espèce jugée par l'arrêt que nous critiquons, que l'autorisation accordée par le tribunal l'avait été dans un des cas prévus par l'art. 1558? Dès lors, n'est-il pas évident que le tribunal était tombé dans une *erreur de droit?* Que ce soit par ignorance d'un fait qui transforme la situation juridique ou par une fausse interprétation de la loi, peu importe!

Maintenant que la lumière se fait et que la question se dégage, je dis, pour l'espèce qui nous occupe, qu'il y avait, *ab initio*, violation de la loi, dans l'autorisation accordée à la femme d'aliéner ses immeubles dotaux pour tirer le mari de prison; — qu'il importe peu, qu'en vertu de cette autorisation illégale, l'aliénation ou l'emprunt aient été effectués de bonne foi. Ces opérations postérieures ne peuvent pas faire que l'autorisation ne soit entachée d'une erreur de droit. D'ailleurs, la bonne foi du tiers, que l'arrêt a soin de mettre ici sur le premier plan, ne doit pas exercer une grande influence; nous avons dit comment il était juste et nécessaire qu'elle fût appréciée, en matière de dotalité, où nous nous trouvons.

Nous n'avons plus maintenant qu'à faire l'application de la doctrine générale des auteurs, consacrée par les deux arrêts précités de la cour de cassation et de la cour de Caen, et notre conclusion sera celle-ci. Nous étions en droit de dénoncer comme illégal l'arrêt de la cour impériale de Montpellier, et de prétendre que, s'il était déféré à la Cour suprême, il serait certainement cassé.

Quelques mots encore pour indiquer quelles pourraient être les conséquences fatales de la doctrine, qui se produit pour la première fois dans la jurisprudence, si elle devenait générale.

Tout le monde exige que l'emprisonnement du mari soit sérieux pour arriver au sacrifice de la dot de la femme, et l'on proscrit la simulation et la fraude. — Or, ne voit-on pas que la doctrine nouvelle semble oublier ces principes élémentaires, et qu'elle ouvre à la collusion et aux manœuvres frauduleuses une large voie? — Qu'importe, dira-t-on, si celui qui s'est prêté à la fraude est responsable envers la femme ; — mais ignore-t-on que la fraude ne se présume pas et qu'il est souvent impossible de l'établir juridiquement? et puis ne devons-nous pas supposer que ce tiers sera insolvable? L'espèce, dont nous nous sommes occupé, ne peut présenter de l'intérêt que dans cette hypothèse; car, en définitive, même avec la solution que nous avons adoptée, le tiers acquéreur de bonne foi aurait toujours un recours, après son éviction, contre celui qui avait colludé avec le mari, et ce recours le dédommagerait entièrement s'il était solvable. — On objectera peut-être : vous trouverez rarement des septuagénaires qui pourraient subir la contrainte par corps sans se plaindre, pour arriver à l'aliénation de la dot. Sans doute ; mais la solution de la cour de Montpellier serait applicable dans tous les autres cas où la contrainte par corps n'est pas permise : entre frères et sœurs et leurs alliés (art. 19 de la loi du 17 avril 1832); entre oncle et neveu, grand-oncle et petit-neveu (art. 10 du décret du 13 décembre 1848). N'est-ce pas alors surtout que la collusion est le plus à craindre? Le neveu, par exemple, ou le beau-frère seront des créanciers fictifs, ils obtiendront l'incarcération du mari, la femme consentira à l'aliénation ou à l'emprunt demandé; l'autorisation sera obtenue et l'on trouvera des acquéreurs ou des prêteurs de bonne foi, ou dont la mauvaise foi ne pourrait être constatée en justice. C'est ainsi que l'aliénation de la dot sera consommée, sans recours possible, soit contre le tiers de bonne foi (ainsi que le prétend la cour de Montpellier), soit contre le mari ou le créancier fictif (oncle, neveu, beau-frère, etc.), parce qu'ils sont insolvables, ou que leur collusion ne peut être prouvée.

Voilà les conséquences nécessaires d'un système qui a été élaboré dans le but évident de mettre le droit en rapport avec l'équité; mais, osons le dire, avec une équité mal entendue. Il est inutile d'ajouter qu'une fois connu, ce moyen facile de violer une loi protectrice serait trop souvent mis en usage.

En résumé, l'arrêt de la cour de Montpellier du 22 décembre 1852 ne peut être considéré comme un arrêt de principe. Il consacre une doctrine à la fois dangereuse et illégale : — dangereuse, car elle favoriserait la fraude ; — illégale, parce qu'il s'agit d'une espèce, dans laquelle l'autorisation d'aliéner a été accordée contrairement à l'art. 1558, et que lorsque le tribunal a commis une telle erreur de droit, l'intérêt public attaché à la conservation de la dot exige le sacrifice de l'intérêt privé, même de la part du tiers de bonne foi, qui aurait dû faire usage de la prudence la plus grande pour découvrir la véritable situation juridique et l'erreur dans laquelle le tribunal était tombé.

S. BAUBY.

CHRONIQUE.

Académie de législation de Toulouse.

L'Académie a tenu sa séance publique annuelle, le dimanche 2 juillet 1854. Après le discours d'usage prononcé par le président, le sécretaire perpétuel a présenté le rapport annuel sur les travaux intérieurs et sur le concours de 1854.

L'Académie propose pour sujet du concours de 1855 le sujet suivant :

« *Apprécier l'influence que le Droit canonique a exercée sur les* « *progrès et la formation de la Législation française* [1]. »

Le rapport du secrétaire perpétuel contient à cet égard les observations suivantes :

« Au premier abord, ce sujet paraît excéder les proportions des travaux ordinaires de nos concours. Mais que ceux qui seront disposés à répondre à notre appel se rassurent. Ce que l'Académie leur demande, en effet, ce n'est pas une série de longues et volumineuses dissertations, dégageant minutieusement par la comparaison de nos lois avec les parties afférentes du corps du droit canonique, ce que celui-ci a communiqué au droit national. Elle ne peut leur demander qu'une chose, c'est-à-dire un vrai travail académique, caractérisant fidèlement, mais à grands traits, les divers éléments du droit pontifical, exposant d'une manière consciencieuse, mais substantielle, ce que ces éléments ont apporté à la formation de notre législation ; ce qu'ils ont communiqué de plus important, par exemple, au mariage, à la constitution de la famille, au testament, aux théories générales des contrats et obligations, aux actions possessoires, à l'organisation judiciaire et aux formes de la procédure, au système général en matière de répression, et en définive ce que le droit canonique a fait de plus notable pour la moralisation et la régularité de la vie juridique, pour le triomphe de l'équité et de l'unité.

« Conçue dans cet esprit et surtout contenue dans ces limites, l'œuvre que nous provoquons est destinée à prendre rang dans la science. Elle comblera une lacune et réalisera les vœux bien sincères de l'Académie, qui ne peut qu'attacher une grande importance à la fécondation d'un pareil sujet. »

---

[1] Le prix sera une médaille d'or d'une valeur de 300 francs.

Les mémoires seront reçus par le secrétaire perpétuel jusqu'au 31 mars 1855, terme de rigueur.

DES CONDITIONS IMPOSSIBLES OU ILLICITES

DANS LES DISPOSITIONS A TITRE GRATUIT.

Par M. Troplong, premier président de la Cour de cassation [1].

L'article 900 déclare que, soit dans les donations entre-vifs, soit dans les testaments, les conditions impossibles ou illicites sont considérées comme non écrites. Ces sortes de conditions ne rendent donc pas les libéralités conditionnelles; elles demeurent toujours pures et simples [2].

Il faut remarquer que le Code a innové à l'égard de la donation. Car autrefois on appliquait à ce genre de dispositions gratuites les principes relatifs aux contrats, c'est-à-dire qu'on déclarait la disposition nulle pour le tout. En effet, dans les contrats, ce n'est souvent que pour éluder un engagement qu'on a recours à la condition impossible. Telle est la réponse des habitants de Lemnos à Miltiade, qui les sommait de se mettre sous la domination d'Athènes : « *Nous le ferons*, dirent-ils, *quand vous viendrez ici de chez vous avec une flotte par le vent du nord.* » C'était bien dire qu'ils ne voulaient pas se soumettre [3].

D'après le Code, la libéralité n'est pas nulle; il n'y a que la condition impossible qui le soit.

Doit-on s'étonner que les lois aient donné des effets différents aux conditions impossibles et illicites, dans les testaments et les contrats? Vinnius [4] en donne les raisons suivantes : « Il est évident, dit-il, que ceux qui, en contractant, apposent ou permettent qu'on appose une condition qu'ils savent être impossible ou contraire aux bonnes mœurs, n'ont aucune envie de s'obliger ou d'obliger les autres envers eux. C'est de leur part un jeu, un acte non sérieux [1]. Ils veulent échapper à une obligation valable. Mais un testateur qui dicte ses dernières volontés, tout occupé de l'idée de la mort et des plus sérieuses réflexions, ne peut pas être présumé avoir voulu faire un badinage, qui serait de sa part une espèce d'impiété. On doit croire plutôt que s'il a mêlé à la disposition quelque condition bizarre ou ridicule, c'est une erreur, *mendum,* comme dit Ulpien [2], que la faveur des dernières dispositions doit faire disparaître. »

---

[1] M. le premier président Troplong veut bien communiquer à la *Revue* un nouveau travail extrait de son *Commentaire sur les donations entre-vifs et les testaments*, dont la publication est maintenant prochaine. Ce travail a eu en vue de défendre un article du Code contre les attaques sans nombre dont il a été l'objet, dans la doctrine, et de prouver, contre une opinion à peu près unanime, que l'art. 900, en suivant une tradition du droit romain, en l'étendant même, a disposé de la manière la plus prudente et la meilleure. L'éminent magistrat exprime que si un peu de réflexion éloigne de l'art. 900, beaucoup de réflexion y ramène. Plus d'un lecteur, après avoir lu la dissertation si savante et si pleine d'intérêt que nous reproduisons, partagera peut-être cet avis. (*Note de la Rédaction.*)

[2] Instit., *De hæred. instituendis*, § 10. — L. 14, Dig., *De condit. inst.*

[3] Cornelius Nepos, *Miltiade*, ch. I et II.

[4] Instit., § 10, *De hæred. instit.*

En raisonnant ainsi, Vinnius ne fait que reproduire sous une face nouvelle ce qu'avait dit Doneau, qui, après avoir examiné la question sous toutes ses faces, conclut ainsi : « *Hærede sub impossibili conditione instituto, verba indicant testatorem voluisse hæredem esse eum quem instituit ; alioquin non instituisset. Proindè vult ea quoque, sinè quibus ille hæres esse non potest* (*L. illud.* D. *De acq. hæred.*). *Jàm verò non potest hæres esse, nisi detractâ conditione impossibili. Quare, hoc quoque velle testator intelligitur, ut detrahatur* [3].

Cependant des jurisconsultes d'un grand poids, Grotius par exemple [4], ont rejeté cette disposition comme contraire à la raison. M. Toullier est de leur avis [5] ; il regrette que le Code Napoléon ait adopté le système des lois romaines. M. Merlin partage avec lui ses regrets ; ce sentiment paraît dominant dans la doctrine [6].

Cette controverse est bien ancienne ; ceux qui l'ont soulevée contre les lois romaines et contre le Code Napoléon auraient été bien plus fermes dans leur opposition, s'ils avaient su que Caïus, dans ses Institutes trop longtemps perdues, les avait précédés dans cette voie, et avait déclaré que la différence que l'on mettait entre les legs et les contrats ne pouvait s'expliquer par aucune raison solide : « *Et sanè, vix idonea diversitatis ratio reddi « potest* [1]. » Il faut savoir, en effet, que la dispute de nos jours divisait aussi les grandes écoles de Rome, et que si les Sabiniens voulaient que la condition fût considérée comme simplement non écrite dans les legs [2], les Proculéiens soutenaient que le legs ne devait pas être moins nul que le contrat. Or, quoique Caïus fût Sabinien, le voilà qui abandonne son drapeau et se range à la doctrine des Proculéiens. N'est-ce pas là un motif sérieux de douter ?

---

[1] L. 3, D., *De oblig. et act.*

[2] L. 1, D., *De condit. instit.*

[3] Comm. 6, 18, 16. *Junge* Ricard, *Disp. cond.*, nos 223 et suiv.

[4] *Manuel de la jurisprudence de Hollande*, liv. II, chap. XVIII, nos 32 et 33. *Junge* Grænewegen *ad* § 10. Instit., *de Hæred. instit.*, cité par Voët *ad Pandec.*, lib. XXVIII, t. VII, n° 16 *in fine*.

[5] Tome V.

[6] Merlin, *Répert.*, t. XVI, vis *Condition* et *Filiation*, n° 20. *Junge* M. Bayle-Mouillard *sur Grenier*, t. I, p. 684 et 685.

Je pense cependant que la disposition du Code Napoléon est la plus prudente et la meilleure, et je ne m'étonne pas que les Sabiniens l'aient emporté sur leurs adversaires. S'ils ont trouvé des convictions récalcitrantes, c'est peut-être la faute des interprètes qui n'ont pas assez mis en lumière toutes leurs distinctions. Mais quand on s'est bien pénétré des nuances habiles de leur système, rien ne paraît plus facile que de concilier les esprits à l'art. 900. Un peu de réflexion en éloigne peut-être ; beaucoup de réflexion y ramène.

Je m'explique.

Il y a plusieurs sortes d'impossibilités : les impossibilités de nature, les impossibilités de droit, les impossibilités de fait. Qu'est-il arrivé ? C'est que le jurisconsulte Pomponius, voulant citer un exemple aussi frappant qu'il le pouvait de la règle qui supprime les conditions impossibles, a posé une hypothèse prise d'une impossibilité de nature où le testateur va jusqu'à la dernière limite : *Titius si digito cœlum tetigerit, hæres esto* [3]. Là-dessus, les interprètes se sont évertués à expliquer pourquoi cette disposition devait sortir à effet, malgré l'ineptie de la condition. Ils ont dit qu'il fallait supposer une erreur d'écriture, un trouble du testateur en présence de la mort, et autres choses dont la raison n'est pas entièrement satisfaite. Alors, Grotius, profitant du côté faible de ces explications, a demandé s'il n'était pas plus vrai de dire qu'une telle disposition était insensée, et s'il ne valait pas mieux la traiter comme telle, c'est-à-dire l'annuler. De très-bons esprits ont trouvé cette observation excellente.

---

[1] III, comm. 98.

[2] Cujas, à qui rien n'échappe, avait pressenti cette controverse, et il dit que ce fut après beaucoup de disputes, *post multas controversias*, que la jurisprudence sur les conditions impossibles prévalut. Sur le Dig., *De cond. instit.*, liv. I. — On n'était d'accord que sur les conditions impossibles consistant à ne pas faire. L. 50, § 1, Dig., *de Hæred. instit.*

[3] L. 16, *in fine*, D., *De injusto, rupto.*

Ce n'était pas cependant une découverte de Grotius : les jurisconsultes de l'école Sabinienne y avaient sérieusement pensé. Modestin, par exemple, veut qu'en pareil cas on commence toujours par se demander si le testateur a été *mentis compos*, et que si l'affirmative est trouvée vraie, on n'hésite pas à déclarer son testament nul [1]. Mais comme un testateur peut mettre dans son testament des choses dérisoires, bizarres, ineptes, ridicules [2], sans être pour cela insensé, la question de la suppression de la condition reste entière, et alors l'observation de Grotius ne porte pas. C'est pourquoi le même Modestin n'étant plus arrêté par la démence caractérisée du testament, se prononce pour le retranchement de la condition.

Voilà donc une première distinction ; elle est fort grave ; elle jette un grand jour sur l'article 900. Cet article ne s'oppose pas le moins du monde à ce que l'on recherche l'état d'esprit du testateur : il se concilie à merveille avec l'article 901 qui exige que le testateur soit en possession de toute sa raison, pour faire un testament valable. Mais l'article 900 ne veut pas plus que Modestin qu'un testament soit déclaré nul parce que le testateur aura mis à sa libéralité des conditions extraordinaires et forcées. C'est bien connaître le cœur humain que de savoir qu'on rencontre des hommes très-singuliers, très-bizarres, très-inconséquents, qui pour cela ne sont pas fous.

En général la pensée de la mort inspire les idées les plus graves ; il y a cependant des personnes qui se font une gloire de s'en moquer. Quand on ne veut pas se singulariser, on recueille, en faisant son testament, ses réflexions les plus religieuses et les plus méditées. Mais quand on vise à l'originalité, on se fait un jeu de ce rôle solennel de législateur domestique. La mort rend tous les hommes égaux ; mais son approche ne fait pas que le sage meure comme le fanfaron. Théramène, condamné par les trente tyrans, montre sa constance, par un bon mot en face de son heure suprême [3] ; c'était la grandeur d'âme du sage, plein de l'espoir d'une autre vie. Mais quand le laquais dont parle la Rochefoucault se mit à danser sur l'échafaud où il allait être roué[1], ce n'était que la caricature du courage et la bravade d'un homme de rien. L'humanité est pleine de ces exagérations qui visent à l'effet et offrent la ridicule grimace d'un bon sentiment. A part de rares et mémorables exceptions, je suis de l'avis de la Bruyère : « Toute plaisanterie dans un homme mourant, est hors « de sa place [2]. » Pourtant, beaucoup d'hommes ont voulu être plaisants dans ce moment suprême, et les païens surtout aspiraient à ce genre de mérite. Ne disons pas qu'ils étaient insensés. Ils ont été ridicules ou vains, quand ils n'ont pas été sublimes. Chacun a sa manière de traduire ses impressions. Celui-ci fera à son héritier une mauvaise plaisanterie, comme on joue avec un enfant à qui l'on donne une friandise. Celui-là fera la plaisanterie sur lui-même. L'un se livrera à des combinaisons bizarres, l'autre à des conceptions cyniques. Tous ont eu la prétention d'être esprits forts et de montrer qu'ils méprisaient la mort, ne sachant pas qu'il faut se borner à ne pas la craindre. Voilà ce qui explique beaucoup de conditions testamentaires empreintes d'une singularité extrême, dont les lois romaines ont donné des exemples, et qui sont beaucoup plus rares dans nos mœurs. En pareil cas, qu'a fait la sagesse des jurisconsultes ? Elle a rejeté ces conditions, parce que, bien qu'inexécutables, elles n'excluent pas en général la volonté de donner qui soutient la disposition.

---

[1] L. 27, D., *De cond. instit.*

[2] L. 113, § 5, D., *De legat.*, 1°.

[3] Cicéron dit de lui : « *Lusit vir egregius extremo spiritu.* » *Tuscul.*, 1, 49.

Pomponius a cité un exemple célèbre : J'institue Titius pour mon héritier, s'il touche le ciel avec la main [3]. Je ne sais si cette hypothèse est imaginaire, ou si Pomponius l'avait rencontrée dans ses études. Quoi qu'il en soit, il faut dire que si le testateur n'était pas atteint de folie, sa disposition est celle d'un homme qui a voulu faire une plaisanterie à son héritier, ou donner à sa pensée une forme bizarre. Regardez-y de près ; c'est comme s'il avait dit : J'institue Titius pour mon héritier pur et simple. Car toucher le ciel avec la main est chose impossible ; et comme on n'entreprend pas l'impossible, et qu'à l'impossible nul n'est tenu, Titius n'aura rien à faire pour être mon héritier.

A cela on ne saurait opposer avec solidité l'exemple des contrats. Quand on contracte, et que l'on met à son engagement une condition absurde et impossible, il est clair qu'on n'a pris cette tournure, que parce qu'on ne voulait pas s'engager. Vous me demandez de m'acheter ma terre; je vous réponds par un refus. Vous insistez; alors, pour en finir, je vous écris : « Vous « aurez ma terre quand vous aurez bu toute l'eau de la mer. » C'est répondre par une plaisanterie à une proposition qui n'a pas paru sérieuse.

---

[1] *Pensées*, 504, *in fine*, ou 528, suivant d'autres éditions.

[2] Chap. XVI.

[3] L. 16, D., *De injusto et rupto testamento*.

Mais si, faisant un acte spontané, comme l'est un testament, je dis : « J'institue Titius s'il boit toute l'eau de la mer, » le résultat sera tout autre. Je ne suis pas provoqué à faire une libéralité; je n'ai pas eu de motif d'aversion. Si j'avais été sous le coup de la contrainte, la même puissance qui m'ôtait ma liberté, m'aurait empêché d'ajouter à mon bienfait une condition impossible; j'ai agi librement; j'ai voulu donner. Seulement, « la singularité m'a « plu dans une matière si sérieuse et si profonde [1]. » J'ai voulu rire dans un acte que d'autres n'abordent qu'avec effroi. Mais cette condition, appelée dérisoire par Marcianus, ne compte pas[2]; c'est une formule étrange qui exclut tout acte à faire de la part de l'héritier, puisque tout acte tenté par lui se heurterait contre l'impossible.

Prenons un autre cas, où la suppression de la condition se légitime par des considérations d'un autre ordre. Je fais Titius mon héritier, s'il jette mes restes dans la mer : *si reliquias meas in mare abjicias* [3]. On pourra très-sérieusement examiner, avant tout, si le testateur a été sain d'esprit : « *Sed hoc prius inspiciendum est, ne homo, qui talem conditionem posuit, neque compos mentis esset* [4]. » Car le bon sens humain croit aux honneurs de la sépulture. Cependant, il est des hommes qui les méprisent par irréligion; d'autres par la religion de l'immortalité de l'âme. Socrate ne montra nul souci de ses funérailles [5]. Diogène voulut être jeté au milieu des champs, demandant plaisamment un bâton pour chasser les vautours [6]. On peut donc n'être pas fou, on peut même tenir un haut rang parmi les philosophes, et avoir en pitié la sépulture corporelle. Si donc le testateur était de ces hommes qui ont voulu montrer ou leur impiété, ou leur foi dans une autre vie, on ne déclarerait pas son testament nul. Mais on dispenserait l'héritier d'exécuter la condition. Quel mal résulterait pour le testateur et pour sa mémoire, des derniers honneurs rendus à sa cendre? La condition impossible disparaît donc ici, à cause du défaut d'intérêt. C'est ce que Marcien et Papinien appellent une chose vide d'utilité, *supervacua*[1]. A quoi j'ajouterai, comme nouvel exemple de condition sans intérêt, celle de jeter une somme d'argent à la mer. Javolenus a beau être un des oracles du Digeste; je le récuse quand il s'imagine qu'une telle condition est sérieuse[2]; il est clair comme le jour qu'elle ne l'est pas. Elle l'est aussi peu que celle qui fut imposée par une méchante vieille de Thèbes à son héritier, de porter sur ses épaules nues, son cadavre frotté d'huile[3]. C'est bien le cas de dire :

---

[1] La Bruyère, *loc. cit.*

[2] L. 14, D., *De cond. instit.*

[3] Modestinus, l. 27, D., *De cond. instit.*

[4] Ibid.

[5] Cicéron, *Tuscul.*, 1, 43.

[6] Ibid.

Hé! qu'importe au défunt descendu dans la tombe?

Cependant, de même que nous disions tout à l'heure que la disposition doit s'écrouler si le testateur n'est pas *mentis compos*, de même, nous devons reconnaître aussi que, s'il résultait des circonstances que le testateur n'a pas voulu faire une libéralité sérieuse, qu'il n'a pas voulu donner, la disposition tombera également. C'est encore ce que les lois romaines nous apprennent expressément. C'est même ce que le jurisconsulte Paul enseigne (ce qui est remarquable) dans un commentaire sur Sabinus, le père de la règle écrite dans l'article 900 : «Si un testateur, dit-il, « donne la liberté à son esclave, pour un temps où cet esclave ne « sera plus vivant, on ne saurait voir rien d'utile dans une telle « disposition; le testateur n'a pas voulu donner la liberté[4]. » Cela, en effet, n'est pas sérieux; le testateur a voulu se jouer et faire, contre les vraisemblances ordinaires, un acte sans valeur.

---

[1] L. 113, § 5, D., *De legat.*, 1°.

[2] L. 55, D., *De cond. et demonst.*

[3] Anus improba Thebis
Ex testamento sic est elata : cadaver
Unctum oleo largo nudis humeris tulit hæres.
Horace, *Satyr.*, 2, 5.

[4] L. 5, § 1, D., *De statu liberis.*

On pourrait rendre la même décision si le testateur avait dit : J'institue Joseph mon héritier, si les hommes, cessant de marcher sur leurs pieds, marchent sur leur tête. On comprend qu'il peut y avoir telle circonstance donnée où l'emploi de cette formule soit une manière évidente de déshériter un héritier, ou de déclarer à un hérédipète importun qu'on se moque de lui.

Ces exemples ne sont pas les seuls. En voici un autre tiré de la perplexité de la disposition : « Si Titius est mon héritier, je veux que Seius soit mon héritier ; si Seius est mon héritier, je veux que Titius soit mon héritier. » Il y a une perplexité par suite de laquelle la condition oppose une impossibilité à la disposition, et la disposition à la condition. Marcianus décide donc que cette institution est inutile. Et comment pourrait-on, en effet, donner quelque valeur à une disposition si bien combinée pour n'avoir aucun sens, et ne produire aucun résultat?...

Nous faisons donc deux exceptions à l'article 900. La première a lieu si le testateur est atteint de démence ; la seconde, s'il a voulu ne pas donner dans un acte fait ordinairement pour donner. Mais nous disons que hors ces deux exceptions, qu'on n'admettra jamais, notez ceci, sans preuves déterminantes, l'article 900 est une règle très-sage, très-prudente, et qu'il ne faut pas critiquer légèrement.

Comment se fait-il donc que Caïus ait avancé qu'il n'y a aucune raison plausible pour faire une distinction entre les conditions impossibles écrites dans les contrats, et les conditions impossibles écrites dans les testaments? Nous disons au contraire qu'il y en a de très-grandes. Dans un contrat, chacun dispute son terrain, se crée des défenses, et stipule une loi précise qui est la règle des deux parties. Tout doit y être interprété *quantùm verba sonant*. Nous disions tout à l'heure que les conditions les plus impossibles y ont une place dictée par la raison, témoin la réponse des habitants de Lemnos ; à plus forte raison doit-on tenir un compte rigoureux de toutes les autres impossibilités. On n'y suppose rien d'inutile, rien qui ne soit dicté par un intérêt, rien qui n'ait sa raison d'être et son motif obligatoire.

Dans le testament, au contraire, acte unilatéral, acte d'où le légataire est absent, et où une discussion préparatoire n'a pas fixé la part étroite de responsabilité de chacun, l'intérêt que le testateur peut avoir eu à l'exécution de la décision, n'a pas la même urgence et la même précision. Cela est si vrai, que lorsqu'il ne tient pas au légataire d'accomplir la condition potestative, elle est censée accomplie, bien qu'en fait elle ne le soit pas. C'est que l'esprit de libéralité qui préside au testament n'est pas aussi exigeant que l'esprit commutatif qui préside à un contrat ; c'est qu'à cause de sa générosité, cet esprit conduit à beaucoup de facilité et de largeur dans l'interprétation, et qu'il est exclusif des rigueurs inflexibles. « Je « vous lègue 10,000 fr., si vous portez telle missive dans une « ville assiégée. » Il est évident que cette disposition sera plus bénignement interprétée que cette clause d'un contrat de louage de services : « Je vous payerai 500 fr. si vous portez telle dé« pêche dans la ville assiégée. » Dans la première hypothèse, j'ai voulu vous faire une libéralité, et si vous faites vos efforts pour arriver dans la ville sans le pouvoir, la libéralité vous sera due. Mais le salaire ne sera dû, dans la seconde, qu'autant que la dépêche aura été portée, car c'est la loi du contrat, loi à laquelle vous vous êtes précisément soumis après délibéré, discussion, mûres réflexions. Dans le premier cas, le doute, s'il y en a, s'interprète en faveur du bénéficiaire ; dans le second, il s'interprète contre le créancier.

Pour mieux prouver combien ces distinctions sont satisfaisantes pour la raison, prenons quelques exemples d'impossibilité donnés par les lois romaines. On verra que loin de répugner aux principes généraux, elles les consacrent ; et par là nous fortifierons les observations que nous avons présentées par avance aux p. 405, 406.

Titius vous donne sa succession si vous vous promenez dans les rues en habit d'Arménien [1]. Il est évident que l'accomplissement d'une telle condition ne vous est pas possible, à vous qui n'avez pas les mœurs cyniques d'un J. J. Rousseau. Mais, en bonne foi, quel est l'intérêt que la mémoire de Titius peut avoir à l'accomplissement de cette condition ? Quel est l'intérêt de ses successeurs légitimes ? Il n'y en a pas ; et, comme l'intérêt est la mesure des actions, les représentants de Titius ne seront pas fondés à exiger de vous que vous vous habilliez en Arménien. Donc la condition doit être considérée comme superflue en non écrite[1], donc le legs devra être délivré purement et simplement, et les héritiers légitimes à qui Titius vous a hautement préféré, n'auront à se plaindre sous aucun rapport[2].

---

[1] Paul dit : *Barbaro habitu*, sent. 3, 4, 2, § 2.

Autre exemple :

Titius m'a institué son héritier si je lui élève un monument dans trois jours, et il se trouve qu'il est matériellement impossible d'exécuter dans un si court intervalle un travail de ce genre[3]. Quoi ! vous voudriez que le juge annule cette disposition à cause de cette circonstance secondaire, sans importance, et qui n'a pu tenir dans la pensée du testateur une place considérable? Évidemment non, et l'héritier ne sera pas lié par ce délai de trois jours, qui peut-être n'est qu'une erreur de plume, et auquel, dans tous les cas, il n'y a d'intérêt pour personne ; il aura le temps raisonnable pour exécuter le monument.

Voici un autre cas non moins évident :

Titius m'a institué son héritier si j'épouse sa fille, et il se trouve que sa fille était morte, à son insu, au moment du testament[4]; il a cependant laissé subsister son testament sans y rien changer, après avoir appris la triste nouvelle de ce décès. Pourquoi le juge serait-il plus sévère que lui? Pourquoi voudrait-on charger ce juge de faire ce que le testateur n'a pas fait? Comment pourrait-il, en conscience, décider que Titius a entendu que son testament resterait sans effet? Est-ce qu'il n'est pas clair que la question est décidée par Titius lui-même dans un sens qui retranche la condition[5]?

Supposons maintenant que le testateur ait prescrit quelques conditions contraires aux bonnes mœurs. Est-ce que le légataire n'est pas dispensé d'y satisfaire? *Testatoris voluntati*, dit Cujas, *parendum non esse si quid jubeat fieri contrà leges, contrà edicta, contrà bonos mores*[6]. Il est dispensé d'y satisfaire parce que sa bonne volonté est paralysée par le respect des mœurs et des lois, et qu'il ne dépend pas de lui de montrer son respect pour l'ordre du défunt. Quand y a-t-il un intérêt public ou privé à ce que le légataire obéisse à la volonté du testateur? Quand cette volonté n'est pas en hostilité avec les lois et les mœurs. Mais quand elle se met en révolte contre ce qu'il faut respecter, elle n'a pas droit à l'obéissance. *Toties secundum voluntatem testatoris facere compellitur, quoties contra legem nihil sit futurum*[1]. Alors la loi fait remise au légataire d'une condition qui la brave. Je dis : lui fait remise, parce que telle est la très-juste expression de Pomponius : *Remitti eis conditionem*[2]. Personne ne peut s'en plaindre. Le légataire aurait certainement obéi à la condition si elle eût été possible. Puisqu'elle est impossible, il faut la lui remettre par respect pour ce que le testateur n'a pas assez respecté ; il faut n'avoir égard qu'à la libéralité dont la pensée domine la disposition[3]. Qui donc aurait action et intérêt pour demander l'exécution de la condition ?

---

[1] *Supervacua*, l. 113, D., *De legat.* 1°.

[2] L. 37, D., *De cond. institut.*

[3] L. 6, D., *De cond. institut.*

[4] L. 6, § 1, D., *De cond. et demonst.*

[5] Voët, 28, 7, 20, 21.

[6] *Recit. sol.* sur la loi 113, § 3, D., *De legat.*, 1°.

Il est vrai que dans les contrats, la disposition même est viciée. Mais la raison en est évidente, parce que les deux parties sont complices de l'outrage fait à la morale et aux lois. Il n'en est pas de même d'un simple légataire qui est irréprochable et veut rester tel. La loi ne peut lui enlever son legs, parce qu'il entend rester fidèle à ses prescriptions. Quelle justice que celle qui le dépouillerait, parce qu'il obéirait à la justice[4] ! C'est ce que dit Modestin dans un cas où le testateur avait institué son héritier, à condition qu'il jetterait ses restes dans la mer : *Laudandus est magis quàm accusandus hæres, qui reliquiàs testatoris non in mare, secundùm ipsius voluntatem abjecit, sed memoria humanæ conditionis sepulturæ tradidit*[5]. Paroles excellentes qui seront la conclusion de notre discussion[6]. TROPLONG.

---

[1] Paul, l. 37, D., *De cond. et demonst.*

[2] L. 7, D., *De cond. instit.* C'est dans un commentaire sur Sabinus qu'il dit cela. *Junge* Marcellus, l. 29, § 2, D., *De test. milit.*

[3] L. 37, D., *De cond. instit.*

[4] Mantica, *De conjecturis*, III, 3, 16.

[5] L. 27, D., *De cond. instit.* Pothier, *Pand.*, t. II, p. 454, n° 27.

[6] Je recommande au lecteur studieux une dissertation de Joseph Averani, qui est écrite avec vigueur et élégance et qui soutient notre thèse : *Interpr. juris*, lib. II, cap. CCXI.

Le président Favre est aussi de cet avis, quoiqu'il ne soit pas accoutumé à jurer sur la parole du maître (*Conject.*, VI, 12, 1).

LES SOCIÉTÉS CIVILES

CONSTITUENT-ELLES DES PERSONNES JURIDIQUES DISTINCTES DE CELLES DES ASSOCIÉS ?

Par M. V. Thiry, professeur à l'université de Liége.

Quoique cette question ait beaucoup d'importance par les conséquences qui en dérivent, elle n'a pas cependant obtenu des jurisconsultes toute l'attention qu'elle mérite. La plupart des commentateurs du Code civil l'ont seulement effleurée. Quelques-uns, à la vérité, comme MM. Duvergier et Troplong, l'ont traitée plus sérieusement, l'ont discutée avec plus de soin : toutefois, je ne pense pas qu'ils l'aient encore suffisamment approfondie, et je ne puis considérer la solution qu'ils lui ont donnée comme une de ces vérités scientifiques désormais à l'abri des controverses.

La grande majorité des auteurs enseigne que la société civile constitue une personnalité juridique, un être moral distinct des membres qui la composent. Telle est la doctrine de Proudhon, *Usufr.*, nos 1264, 2065 ; Pardessus, *Droit commercial*, nos 965, 1089 et 1207 ; voyez aussi une consultation du même auteur, analysée dans le Recueil de Sirey, vol. XXXI, part. 2, p. 202 ; Merlin, qui a adhéré à cette consultation ; Duranton, *Contrat de société*, n° 334 ; Delamarre et Lepoitvin, *Contrat de commission*, t. II, p. 464 ; Championnière et Rigaud, *Traité des droits d'enregistrement*, n° 2743 ; Taulier, *Théorie du Code civil*, t. VI, p. 383 ; Delangle, *Des Sociétés commerciales*, nos 14 et suiv. ; Troplong, *Contrat de société*, n° 58 ; Duvergier, *Société*, nos 141, 381 et suiv.

D'un autre côté, Vincens, *Législation commerciale*, t. I, p. 297 ; Frémery, *Études de Droit commercial*, chap. IV, pag. 30 ; Zachariæ, § 381 *bis*, distinguent entre les sociétés civiles et celles de commerce ; ils attribuent à ces dernières le caractère de personnes morales et le dénient aux autres.

Enfin Toullier enseigne que jamais les sociétés, qu'elles soient civiles ou commerciales, ne peuvent être envisagées comme des êtres juridiques ; c'est du moins ce qui me paraît résulter de ce qu'il dit de la communauté conjugale au n° 82 du tom. VI de son ouvrage, édition de M. Duvergier.

Les recueils de jurisprudence ne contiennent, à ma connaissance, aucun arrêt français qui ait tranché *in terminis* la question posée en tête de cet article. Toutes les difficultés concernant le caractère des sociétés, leur personnalité, les conséquences à en déduire, se sont élevées par rapport à des associations commerciales. De nombreuses décisions rendues par les Cours d'appel de France, et dont j'aurai à faire mention tout à l'heure, s'accordent à reconnaître, soit directement, soit indirectement, la qualité de personnes morales aux sociétés formées pour l'accomplissement d'actes commerciaux. Je ne puis dissimuler toutefois que plusieurs de ces arrêts, par les motifs qui leur servent de fondement, montrent que, dans la pensée des cours dont ils émanent, le caractère des associations commerciales doit être étendu aux sociétés civiles.

Il existe un arrêt très-explicite rendu par la Cour de cassation belge, le 3 avril 1853, qui reconnaît aussi la personnalité de cette dernière espèce de société.

En voici les motifs principaux :

« Attendu qu'aux termes de l'article 529 du Code civil, sont « meubles, etc. (*Ici la cour transcrit l'article.*)

« Que cet article est conçu en termes généraux ; qu'il s'applique donc aussi bien aux sociétés industrielles civiles qu'aux « sociétés industrielles commerciales ; que cette conséquence du « texte résulte au surplus également de l'esprit de la loi ;

« Attendu en effet qu'il est de l'essence de toute société de « donner naissance à un être collectif distinct des associés, la « Société ; que cet effet du contrat est le même dans les sociétés « civiles que dans les sociétés commerciales ; que l'applicabilité « aux sociétés civiles du principe écrit dans l'article 529 du « Code, résulte encore du texte de la loi du 21 avril 1810, sur les « mines, portant en son article 8 : que les actions ou intérêts « dans les sociétés, ou entreprises pour l'exploitation des mines, « sont réputés meubles conformément à l'article 529 du Code « Civil, disposition qui n'est point extensive de cet article « 529, mais qui ne fait que rappeler un principe commun à « toutes les sociétés, ainsi que cela résulte encore des articles « 1845, 1846, 1847, 1848, 1851, 1852 et 1859 du même Code ; « qu'il est donc vrai que la disposition écrite dans l'article 529 « s'applique aussi bien aux sociétés industrielles civiles qu'aux « sociétés industrielles commerciales, qu'elles soient ou non

« anonymes; qu'il suit des considérations qui précèdent, etc. »

Cet arrêt est rapporté dans la *Pasicrisie*, année 1853, vol. I, p. 288.

On le voit, la personnalité des sociétés civiles a pour partisans des autorités aussi respectables que nombreuses; et l'on trouvera peut-être qu'il y a témérité à venir agiter de nouveau une question sur laquelle tant de savants jurisconsultes sont tombés d'accord. Mais je cède, en le faisant, à une conviction profonde qui doit être mon excuse. Je crois que l'opinion générale suivie aujourd'hui n'est en rapport ni avec les traditions historiques, ni avec les dispositions des lois sur lesquelles elle prétend s'appuyer; je crois qu'elle s'est accréditée par suite de considérations économiques, de certaines apparences d'équité, plutôt que par un examen attentif des textes et de l'esprit des législations ancienne et moderne. Je pense enfin que si cette opinion doit prévaloir comme vérité définitive dans la doctrine, ce ne pourra être à l'aide des raisons jusqu'ici alléguées en sa faveur, et dont j'espère démontrer l'insuffisance.

Il importe, à mon sens, d'établir une distinction entre les sociétés commerciales et les sociétés civiles : en reconnaissant volontiers aux premières la qualité d'être moral, je soutiens que les sociétés civiles ne peuvent revendiquer le même caractère.

Avant d'aborder ma démonstration, je vais indiquer quelle importance pratique se rattache à cette question.

1° Si la société civile doit être considérée comme une personne, l'être abstrait, pendant sa durée, aura la propriété du patrimoine social; le patrimoine n'appartiendra donc pas pour des parts indivises aux sociétaires. Par une conséquence directe de ce principe, plusieurs arrêts ont décidé que la femme, dont le mari fait partie d'une société commerciale, n'a pas d'hypothèque légale sur les immeubles sociaux, les immeubles étant la propriété exclusive de l'être moral société. Voyez arrêts de Paris du 25 mars 1811 S. 11, 2) 428); de Toulouse, 31 juillet 1830 (S. 21, 2, 263); de Pau, 17 février 1830, confirmé en cassation par arrêt du 10 mars 1831 (S. 31, 1, 202).

2° La société ayant son patrimoine propre, ce patrimoine sera le gage de ses créanciers, tandis que les créanciers personnels des associés n'y pourront prétendre que lorsque les premiers auront été entièrement désintéressés. Faisant application de cette règle, la Cour de Paris a décidé, par arrêts du 1er juin et du 9 août 1831 (S. 31, 2, pag. 591 et 259), que les créanciers de la société priment, sur l'actif social, les créanciers personnels des sociétaires. Il s'agissait encore, dans ces espèces, de sociétés de commerce. Par un autre arrêt du 19 avril de la même année (S. 31, 2, 202), cette cour refusa d'appliquer le principe précité à l'association en participation parce qu'elle ne forme pas un être moral. Dans le sens de cette dernière décision, voyez encore un arrêt de la Cour de cassation de France du 2 juin 1834 (S. 34, 1, 603) et du 19 mars 1838 (S. 38, 1, 343).

3° Les créances sociales appartiendront à la société elle-même si elle constitue une personne morale; par suite, les débiteurs de ces créances ne pourront lui opposer la compensation des sommes qui leur seraient dues par les associés personnellement. Réciproquement un associé ne pourra opposer à son créancier aucune compensation à raison de ce que celui-ci devrait à la société. Toullier qui, comme je l'ai dit plus haut, nie, à certain endroit de son ouvrage, la personnalité des sociétés, enseigne au vol. IV, 1re partie, n° 378, que la compensation dont je viens de parler ne peut avoir lieu, *parce qu'une société est une personne morale*, et tombe ainsi dans une contradiction manifeste. D'un autre côté, M. Duranton, qui se range à l'opinion commune sur la nature des sociétés civiles, admet au n° 432, *Des Contrats ou des obligations conventionnelles*, la possibilité de cette compensation, ce qui me paraît également contradictoire.

La Cour de Liége a consacré ce point de droit dans un arrêt du 20 octobre 1825 (*Pasicrisie*, année 1825, p. 504); elle a jugé qu'un débiteur poursuivi par des associés, à raison de créances à eux personnelles, ne pouvait compenser sa dette avec ce qui lui était dû par la société. Il s'agissait d'une société charbonnière, à laquelle la loi du 21 avril 1810 attribue la qualité de personne civile.

4° Si la société est un corps moral, les actions ou intérêts qu'y auront les associés seront meubles, pendant sa durée, encore que des immeubles dépendent de l'entreprise selon l'article 529 du Code civil. Les actions ou intérêts entreront donc dans la communauté conjugale que des sociétaires viendraient à former avant la dissolution de l'association.

5° Enfin l'on pourra soutenir que la société peut être assignée en justice dans la personne de ses gérants, sans qu'il soit nécessaire de mettre en cause tous les membres qui la composent. Il est vrai que la Cour de cassation de France n'admet point cette conséquence : tout en reconnaissant formellement la personnalité des sociétés civiles, elle leur a cependant, dans un arrêt du 8 novembre 1836 (S. 36, 1, 811), refusé le droit de procéder en justice, en nom collectif, par l'intermédiaire de leurs gérants-administrateurs. Mais, M. Duvergier critique vivement cette décision aux n^{os} 316 et suivants de son *Commentaire du contrat de société*.

Si, au contraire, la société ne constitue pas une personne morale, il faudra adopter le contre-pied des conséquences que je viens d'énumérer : les biens sociaux ne seront pas la propriété de l'association comme telle ; ils appartiendront pour une part indivise à chacun de ses membres.

Les créances et les dettes de la société feront partie du patrimoine actif et passif des sociétaires. Les créanciers sociaux ne primeront point, sur les biens de l'association, les créanciers personnels des associés ; il n'y aura qu'une classe de créanciers qui viendront tous en concurrence.

Les débiteurs de la société pourront opposer en compensation les créances qu'ils auront contre les associés personnellement, pour la part qui revient à ceux-ci dans les créances sociales ; et *vice versâ* un associé pourra opposer à son créancier personnel la compensation des sommes que ce dernier devra à la société, proportionnellement à sa part dans ces sommes.

L'action ou l'intérêt dans la société ne sera pas nécessairement meuble ; sa nature dépendra de l'événement du partage : si l'associé, qui, pendant la durée de l'association, s'est marié sous le régime de la communauté, obtient des meubles dans son lot, ils entreront naturellement dans l'actif de cette communauté ; mais si des immeubles lui échoient ils en seront exclus comme étant des propres.

Enfin il sera impossible de prétendre que la société a le droit d'agir en justice, collectivement, par l'intermédiaire de ses gérants ; tous les associés devront figurer dans l'instance en nom personnel.

Les conséquences qui viennent d'être signalées ne sont pas les seules que l'on puisse déduire de la solution que l'on donnera à notre question, mais elles suffisent pour en faire apprécier l'importance.

Les auteurs que j'ai cités en commençant, notamment MM. Duvergier et Troplong, vont d'abord demander à la législation romaine des preuves à l'appui de leur thèse ; puis, ils invoquent (du moins le second) l'ancien droit français, et enfin, pour achever leur démonstration, ils se fondent sur de nombreux articles du Code civil.

Je vais reproduire ou plutôt analyser leur argumentation avant d'essayer de la réfuter.

Ces auteurs affirment, qu'en droit romain, la société civile se présentait avec le caractère de personnalité. Pour établir ce point M. Troplong cite, en première ligne, la loi 22 D. *de fidejussoribus et mandatoribus*, 46, 1 : « Mortuo reo promittendi et ante « aditam hereditatem fidejussor accipi potest, quia hereditas « personæ vice fungitur, sicuti municipium, et decurio et *so-* « *cietas.* »

Ce texte semble décisif à M. Troplong. « De même, dit-il, « qu'un municipe absorbe dans son être abstrait les individus « dont il se compose, de même une société est, dans ses rap- « ports intérieurs et extérieurs, une personne morale qui éclipse « les associés qui la forment. Les associés ne sont pas plus à « considérer que l'héritier n'est à rechercher pour savoir si une « hérédité peut remplir une fonction juridique. »

M. Troplong invoque ensuite la loi 3, § 4 D. *de bonorum possessionibus*, 37, 1 : « A municipibus et *societatibus* et decuriis « et corporibus bonorum possessio agnosci potest. »

Dans ce fragment, le jurisconsulte Ulpien place les sociétés sur la même ligne que les municipes et les décuries qui étaient assurément des personnes morales !

L'auteur se prévaut encore de la loi 65, § 14 D. *pro socio*, 17, 2. « Si communis pecunia penes aliquem sociorum sit, et alicui « sociorum quid absit, cum eo solo agendum penes quem ea « pecunia sit ; quâ deductâ, de reliquo, quod cuique debetur « omnes agere possunt. »

Voici comment M. Troplong interprète cette loi : « Dans cette « espèce, dit-il, le jurisconsulte considère la société comme un « être de raison distinct des associés ; il la personnifie dans la « caisse commune tour à tour créancière ou débitrice : un associé « a souffert un dommage qui lui donne droit à une réparation de « la part de la société ; s'il est vrai qu'il faille considérer les « associés plutôt que la société, cet associé devra s'adresser à « chacun de ses coassociés individuellement, pour se faire in-

« demniser par eux suivant leur part et portion. Mais il n'en est « pas ainsi ; d'après Paul, c'est plutôt par la société que par les « associés que l'indemnité doit être payée. C'est la société, c'est « la caisse qui devront être actionnées. Sur quoi le président « Favre fait cette judicieuse remarque : *Societas enim ipsa est quæ « debet, et arca communis quæ inter socios fictæ cujusdam per- « sonæ vicem obtinet.* Et comme il y avait peu de sociétés qui « n'eussent une caisse commune, il s'ensuit que la personnifica- « tion dont parle Favre et sur l'idée de laquelle repose la loi 65, « § 14, était la règle générale du contrat de société. »

Voilà qui est bien entendu : la loi 65 veut, selon notre auteur, qu'on poursuive la caisse, la société ; donc cette caisse ou société est une personne civile.

De ces lois, M. Troplong conclut que le plus léger doute ne peut subsister quant à la personnification des sociétés dans la législation romaine.

A son tour, M. Duvergier cherche dans cette législation une base à sa doctrine. Il n'invoque pas la loi 22 *de fidejussoribus*, etc., qui ne lui paraît pas résoudre la question ; mais il croit trouver son point d'appui dans la différence qui existait entre l'action *Pro socio*, d'une part, et les actions *communi dividundo* et *familiæ erciscundæ*, d'autre part. Je transcris le raisonnement de ce jurisconsulte, n° 382 de son traité :

« La première de ces actions, dit-il, était purement per- « sonnelle, les deux autres figuraient au nombre des actions « mixtes.

« Cette différence était nécessairement fondée sur ce que la « propriété des choses formant l'actif social, n'est pas placée « dans les mains des associés, comme la propriété des objets « composant une succession ou une communauté l'est dans les « mains des héritiers et des communistes. Si chaque associé eût « été considéré comme personnellement propriétaire d'une partie « des choses appartenant à la société, l'action *pro socio*, ayant « pour objet le partage, eût été réelle ou du moins mixte ; puis- « qu'elle est personnelle, il faut chercher en dehors des associés « le véritable propriétaire de l'actif social ; ce propriétaire ne « peut être que la société elle-même. Mais admettre que l'être « collectif a un droit de propriété, c'est reconnaître qu'il est une « personne civile. »

Tel est le parti qu'on tire du droit romain dans notre question.

M. Troplong, continuant ses investigations historiques, prétend que l'ancien droit français, à l'imitation du droit romain, avait aussi personnifié les sociétés civiles. Pour le prouver, il cite un passage de Balde, sur la loi 9 C. *de compensationibus*, 4, 31 ; il invoque l'autorité de Coquille, qui considérait comme des personnes fictives, les associations agricoles du Nivernais : il va même jusqu'à placer son assertion sous le patronage de Pothier, dont il cite le traité *De la Prescription*, n° 79.

Enfin, arrivant à la législation moderne, MM. Duvergier et Troplong trouvent la confirmation de leur système dans de nombreux articles de nos Codes.

Voici comment s'exprime le premier de ces auteurs :

« Des actes aussi nombreux que précis nous montrent la so-« ciété agissant comme individu, ayant une volonté propre, « propriétaire de biens, investie de droits, soumise à des obliga-« tions, tantôt créancière, tantôt débitrice de quelqu'un de ses « membres.

« L'article 1845 dit expressément que l'associé est débiteur de « son apport envers la société et que les rapports de l'associé « avec la société sont ceux d'un vendeur avec son acheteur.

« L'article 1846 confirme cette doctrine en l'appliquant à une « autre hypothèse et il reproduit l'expression de débiteur appli-« quée à un associé.

« L'article 1849 est incompatible avec l'idée de propriété, « pour chaque associé, d'une portion des choses qui dépendent « de la société ; et l'on a vu comment, sous ce rapport précisé-« ment, leur position diffère de celle des cohéritiers.

« Les risques des choses mises dans la société sont réglés par « l'article 1851, en partant du principe qu'elle en est proprié-« taire, à moins de stipulation contraire.

« L'article 1867 parle aussi, de la manière la plus formelle, de « la propriété transmise à la société.

« Enfin dans l'article 1852, on voit la société débitrice d'un « associé.

« Il est remarquable que ces différentes dispositions règlent « les rapports des associés entre eux ; et puisqu'elles concourent « à faire de la société une personne civile, même relativement à « ceux qui la composent, à plus forte raison elle doit être tenue « pour telle relativement à ceux qui lui sont étrangers. Les ar-« ticles qui déterminent la nature et l'étendue des engagements

« des associés envers les tiers, et notamment l'article 1868, con« firment cette doctrine. »

M. Troplong cite également les articles 1845, 1846, 1848, 1849, 1851, 1852, 1863 et 1867, et surtout l'article 1859, « où « l'on voit, dit-il, la société investie d'un droit de propriété qui « restreint l'usage de la chose de la part des associés considérés « privativement, et où le droit de l'être moral plane sur le droit « des individus et le condamne à la subordination ! »

Vainement, ajoute cet auteur, on objecterait qu'il n'appartient pas à des particuliers de former un corps moral de leur propre autorité ; car le concours de l'État n'est nécessaire que pour la création des êtres moraux publics, tels que colléges, corporations, académies, communes, etc.; mais il ne l'est pas à l'égard des personnes privées, telles que les sociétés civiles. Celles-ci doivent leur existence à une opération de l'entendement, à une abstraction. Il n'a pas fallu de loi, par exemple, pour faire un corps des têtes de bétail comprises dans un troupeau, etc.

On argumente enfin de l'article 1860 du Code civil, qui défend à l'associé non administrateur d'aliéner ou d'engager même les choses mobilières appartenant à la société ; d'où l'on conclut que la propriété de ces choses ne réside pas sur la tête des associés, mais sur celle de l'être moral.

Telle est en résumé l'argumentation des partisans de la personnalité des sociétés civiles.

Je crois avec eux, que les recherches historiques peuvent être d'un grand secours pour la solution de ce problème juridique ; car la plupart des dispositions du Code civil, sur le contrat de société, ayant été empruntées aux législations antérieures, il est vraisemblable que l'idée principale, celle qui domine toute la matière, doit également y avoir été puisée. Si nous y rencontrons donc la fiction de la personnalité, il en résultera une présomption très-forte qu'elle existe aussi dans le Code civil, à moins que la volonté de la répudier n'ait été manifestée d'une manière quelconque par le législateur. Mais à l'inverse, si nous constatons que les lois précédentes, loin de l'établir, se sont toujours montrées hostiles à cette personnalité, il faudra bien décider qu'elle n'existe pas non plus dans notre législation, à moins que les rédacteurs du Code n'aient manifesté l'intention de l'y introduire. J'aurai donc à examiner le droit romain et l'ancien droit français ; à vérifier si les auteurs dont je combats l'opinion en ont exactement exposé les principes; j'aurai à rechercher enfin si le législateur du Code civil a voulu, quant à ce point, modifier les idées admises jusqu'à lui.

I. *Droit romain.* — Je crois qu'on peut affirmer que jamais le principe que les sociétés civiles constituent des personnes juridiques n'a été reçu dans la législation romaine. En effet, aux textes qui sont cités par l'opinion contraire à la nôtre, on peut en opposer d'autres bien plus énergiques, bien plus décisifs, tandis qu'il est facile d'expliquer les lois invoquées par nos adversaires sans admettre leur interprétation.

Je citerai d'abord la loi 1re D. *quod cujuscumque universitatis*, etc., 3, 4; elle est ainsi conçue :

« Neque societas, neque collegium, neque hujusmodi corpus
« passim omnibus haberi conceditur; nam et legibus et senatus-
« consultis, et principalibus Constitutionibus ea res coercetur.
« Paucis admodum in causis concessa sunt hujusmodi corpora, ut
« ecce vectigalium publicorum sociis permissum est corpus ha-
« bere, vel auri fodinarum, vel argenti fodinarum, et salinarum.
« Item collegia Romæ certa sunt, quorum corpus Senatus-con-
« sultis atque Constitutionibus principalibus confirmatum est,
« veluti pistorum, et quorumdam aliorum et naviculariorum qui
« et in provinciis sunt. § 1. Quibus autem permissum est corpus
« habere collegii, societatis, sive cujusque alterius eorum no-
« mine, proprium est ad exemplum reipublicæ habere res com-
« munes, arcam communem, et actorem sive syndicum, per
« quem tanquam in republicâ quod communiter agi fierique
« oporteat, agatur, fiat. »

Cette loi, qui est très-claire, condamne formellement la théorie de MM. Duvergier et Troplong. Elle dit en termes exprès que ni la société, ni le collége, ni toute autre agrégation de ce genre ne forme un corps, *corpus*, c'est-à-dire une personnalité juridique; car les lois, les sénatus-consultes, les constitutions des princes défendent de pareilles créations. Vainement un certain nombre d'individus se réuniraient en société, cette société ne sera pas un *corpus*, un être moral, ayant une existence propre et distincte de celle des associés. Cependant, ajoute la loi, on a permis à certaines sociétés, à certaines agrégations de se constituer en *corps;* telles sont, par exemple, les sociétés de publicains, formées pour la perception des impôts publics, les sociétés établies pour l'exploitation des mines d'or, d'argent et des salines.

De même ont été érigées en personnes civiles par des sénatus-consultes et des constitutions impériales, les corporations de boulangers, bateliers à Rome et dans les provinces, et aussi celle des forgerons, ainsi que cela résulte de la loi 17, § 2, D. *de excusationibus*, 27, 1.

La règle est donc nettement formulée : les sociétés ne sont pas des personnes civiles ; la création d'êtres semblables n'est pas dans le domaine des particuliers ; elle ne peut émaner que de la puissance publique. Toutefois, par exception, des sociétés ont reçu de cette puissance la qualité de personnes, rares exceptions, *paucis in causis*, dit la loi, qui ne font que mieux ressortir l'importance de la règle.

Une seconde loi vient confirmer mon opinion : c'est la loi 1re D. *de collegiis et corporibus*, 47, 22. Voici comment elle dispose :

« Mandatis principalibus præcipitur præsidibus provinciarum, « ne patiantur esse collegia sodalicia, neve milites collegia in « castris habeant, etc. »

On voit dans cette loi que les constitutions impériales enjoignaient aux gouverneurs des provinces, de ne point laisser constituer des corporations, *collegia sodalicia*, ni des agrégations de militaires dans les camps ; nouvelle preuve que les particuliers ne pouvaient à leur gré créer des *corps*, des êtres collectifs.

Je puis encore citer la loi 13, § 1, D. *præscriptis verbis*, 19, 5. Elle suppose le cas où un individu a transmis à un autre la propriété d'un terrain pour que ce dernier y élevât des constructions et lui en cédât ensuite une partie. Il n'y a, dans cette espèce, dit le jurisconsulte, ni vente, ni mandat, ni société. Il n'y a pas de vente, parce qu'il n'y a pas de prix convenu ; il n'y a pas de mandat, parce que le mandat est essentiellement gratuit, et qu'ici le constructeur n'agit pas gratuitement ; il n'y a pas de *société*, « *quia nemo societatem contrahendo rei suæ dominus esse desinit,* » parce qu'en contractant une société l'associé ne cesse pas d'être propriétaire des choses qu'il apporte et que dans l'hypothèse de la loi, il y a translation de la propriété du terrain. Or si les associés demeurent propriétaires de leurs apports, il est donc faux de prétendre que cette propriété est acquise à la société transformée en personne morale.

M. Troplong a prévu que cette loi pourrait lui être opposée et il a cherché à lui donner un sens qui ne contrariât pas sa doctrine : il est certain, dit-il, que l'associé cesse d'être propriétaire de son apport (bien entendu quand ce n'est pas seulement la jouissance qu'il met en société); cela est prouvé par la loi 1, § 1 et par la loi 2 D. *pro socio*, 17, 2 : « *res continuò communicantur*, » dit la première, « *licet specialiter traditio non interveniat*, » dit la seconde. Entendre donc d'une manière absolue, au pied de la lettre, la loi 13 *præscriptis verbis*, ce serait créer une contradiction entre elle et les dispositions précitées du titre *pro socio;* il est facile d'expliquer cette loi de manière à prévenir toute antinomie. Elle signifie que l'associé ne cesse pas d'être propriétaire d'une manière définitive et absolue, comme dans le cas d'une vente, par exemple; il n'abdique pas la chose à toujours, mais seulement tant que dure la société, *sed quamdiù durat societas*, comme dit Favre, cité par M. Troplong. Ainsi l'associé ne cesse pas d'être propriétaire d'une manière perpétuelle, absolue, définitive, puisqu'à la fin de la société il retirera une part de la chose qu'il a apportée. Voilà l'interprétation empruntée au président Favre, pour concilier la loi 13 avec celle du titre *de la société*. M. Troplong cite Pothier, *Contrat de société*, nº 3, comme admettant aussi cette version.

Il faut bien reconnaître, malgré l'autorité du président Favre, que cette interprétation de la loi 13 n'est pas satisfaisante. Si le jurisconsulte Julien, des ouvrages duquel la loi a été extraite, avait eu la pensée que M. Troplong lui prête, à coup sûr il l'aurait autrement exprimée; il n'aurait pas employé les termes dont il s'est servi, et qui n'étaient rien moins que propres à la rendre convenablement. Remarquons en effet qu'on lui fait dire à peu près le contraire de ce qu'il dit en réalité : *L'associé ne cesse pas d'être propriétaire*, dit-il, et l'on veut que cela signifie : *que l'associé cesse d'être propriétaire pendant la durée de la société, sauf à recouvrer, lors de la dissolution, la propriété d'une partie de son apport*. Cette explication est donc des plus arbitraires et se trouve repoussée par les termes mêmes de la loi.

Il n'est pas difficile, ce me semble, d'en donner une meilleure. Dans la société universelle, *res continuò communicantur*, dit la loi 1^{re} *pro socio*, c'est-à-dire non pas que les biens des associés deviennent la propriété de la société comme être moral, *mais qu'ils deviennent communs entre tous les associés ;* que chacun d'eux acquiert une part indivise dans les choses apportées par ses consorts ; voilà le vrai sens des mots *res communicantur*. D'un autre côté, la loi 13 *præscriptis verbis* dit que l'associé ne cesse pas d'être propriétaire en ce sens que, mettant son apport en commun, il en conserve la propriété pour une portion indivise, l'apport appartient à tous les membres de la société *pro indiviso*, donc l'associé qui l'a mis en commun y a sa part comme les autres ; c'est pourquoi le jurisconsulte Julien a pu dire : « *Nemo* « *societatem contrahendo rei suæ dominus esse desinit.* » Et ce qui prouve irréfragablement que l'interprétation que je viens de donner est la seule vraie, la seule admissible, c'est la partie finale de la loi elle-même, dont voici le sens : « Si je vous ai donné un esclave à instruire, ou à nourrir, ou un troupeau à faire paître, à condition qu'il sera vendu après un certain nombre d'années, et que nous en partagerons le prix, il y a une grande différence entre cette espèce et la précédente (celle où l'on transmet la propriété d'un terrain), puisqu'ici celui qui est propriétaire de l'esclave ou du troupeau ne cesse pas de l'être. Ici, il y a donc lieu à l'action *pro socio*, il y a société.

« Mais si je vous ai transmis la propriété de l'esclave, il faudra décider comme on l'a fait plus haut, dans le cas où il s'agit du terrain; parce que le propriétaire s'est dépouillé de sa propriété, et en conséquence il n'y aura pas lieu à l'action *pro socio*, mais bien à l'action *in factum*. Donc, si quelqu'un, propriétaire d'un terrain, permet à un autre d'y construire sans toutefois lui en transférer la propriété, et à condition de partager les constructions ou leur prix, il y aura société. Il en est de même si le propriétaire transfère aux mêmes conditions la propriété d'une partie du terrain en s'en réservant l'autre. »

Il résulte jusqu'à l'évidence de cette loi qu'il n'y a pas de société toutes les fois qu'une des parties contractantes transfère la propriété de la totalité de son apport, mais qu'il en est autrement lorsqu'elle retient la propriété d'une portion de cet apport; alors la société existe. Les distinctions établies dans la loi coupent court à toute controverse sur le sens des mots : *Dominus esse non desinit*, et démontrent sans réplique que ces expressions doivent être interprétées comme je l'ai fait. Ainsi entendu, en effet, le commencement du fragment coïncide parfaitement avec la fin, tandis que, si l'on admet l'explication du président Favre, adoptée par M. Troplong, je ne vois pas comment on pourra relier les deux parties du texte et y trouver un raisonnement suivi.

Cette version simple et rationnelle de la loi 13 est, du reste, celle de la glose. Sur la phrase : *Dominus esse non desinit*, on y trouve cette annotation : « *In totum : in partem autem, desinere* « *potest.* »

Pothier, dans ses *Pandectes*, confirme cette interprétation : pour expliquer le *Dominus esse non desinit*, il met en note : *in solidum, sed duntaxat pro parte quam confert;* et au n° 3 de son *Contrat de société*, ayant à donner le sens de cette partie de la loi 13, il le traduit ainsi : « Celui qui met une chose en société ne « cesse pas entièrement d'en être propriétaire, mais seulement « pour une part qu'il transfère à son associé en la rendant com- « mune. » Ce qu'il y a de remarquable, c'est que M. Troplong cite le n° 3 du livre de Pothier comme confirmant la traduction qu'il donne de la loi, tandis qu'en réalité ce passage la contredit complétement.

Or, si la loi 13 doit être entendue comme je l'ai expliquée, s'il est vrai que les associés conservent la propriété d'une portion indivise de leurs apports, ce n'est pas la société, personne civile, qui est investie de cette propriété. Cette loi est donc inconciliable avec la doctrine que je combats.

Je citerai encore comme contredisant cette doctrine la loi 13 D. *pro socio*, ainsi conçue : « *Nemo ex sociis, plus parte suâ potest* « *alienare, etsi totorum bonorum socii sint.* » Et la loi 3, C. *de communium rerum alienatione*, 4, 52 : « *Falsum tibi persuasum* « *est, communis prædii portionem pro indiviso, antequam com-* « *muni dividundo judicium dictetur, tantum socio, non etiam ex-* « *traneo posse distrahi.* »

D'après ces textes, un associé ne peut vendre au delà de sa part dans un ou plusieurs des biens sociaux, mais il peut vendre cette part, même à une personne étrangère à l'association. Qu'est-ce à dire, si ce n'est que chaque associé est propriétaire d'une part indivise dans tous et chacun des biens qui composent le patrimoine social? Et s'il en est ainsi, ce n'est donc pas la société en tant qu'être moral qui a cette propriété. La faculté pour les sociétaires d'aliéner une partie des biens sociaux, et la propriété de ces biens concentrée sur la tête de l'être collectif, sont deux idées incompatibles; et comme la première est affirmée par les lois précitées, on est forcé de conclure que la seconde n'était pas admise dans la législation romaine.

Tous les textes que j'ai analysés me paraissent conduire, les uns directement, les autres par induction, à cette proposition :

que le droit romain ne considérait pas les sociétés comme des personnes, à l'exception de quelques-unes qui sont dénommées dans les sources.

Si l'on abandonne les lois romaines pour rechercher dans les ouvrages des auteurs qui les ont commentées quelle opinion ils se sont formée sur la nature des sociétés, on ne rencontre nulle part l'idée qui s'est accréditée parmi les jurisconsultes modernes.

« Indépendamment de la raison politique, dit M. de Savigny « (*Traité du Droit romain*, t. II, pag. 276 *de la traduction fran-* « *çaise*), la nécessité du consentement de l'Etat pour la forma- « tion d'une personne juridique, trouve sa source dans la nature « même du droit. L'homme, par le seul fait de son apparition « corporelle, proclame son titre à la capacité du droit, principe « auquel l'esclavage faisait chez les Romains une large excep- « tion, et dont l'application est bien autrement générale parmi « nous. A ce signe visible, chaque homme, chaque juge sait les « droits qu'il doit reconnaître, les droits qu'il doit protéger. « Quand la capacité naturelle de l'homme est étendue fictive- « ment à un être idéal, ce signe visible manque, et la volonté « de l'autorité suprême peut seule y suppléer en créant des su- « jets artificiels du droit. Abandonnant cette faculté aux volontés « individuelles, ce serait infailliblement jeter sur l'état du droit « une grande incertitude, sans parler des abus que pourraient « entraîner les volontés frauduleuses. »

Il est impossible de mieux justifier le principe important qui ne permet pas la création d'une personne civile sans l'autorisation du pouvoir souverain. Ces raisons, à la fois si simples et si solides, en même temps qu'elles font comprendre la nécessité du principe, écartent une distinction à l'aide de laquelle on tente de le restreindre : celle que MM. Duvergier et Troplong veulent introduire, d'après l'autorité de Puffendorf, entre les personnes civiles, *publiques* et *privées ;* car les motifs donnés par M. de Savigny s'appliquent dans toute leur force aux unes comme aux autres.

Ailleurs, le célèbre jurisconsulte énumère les diverses agrégations qui avaient, en droit romain, la qualité de personnes civiles; voici comment il s'exprime en ce qui concerne les associations industrielles :

« Il y avait aussi des entreprises industrielles faites en com-

« mun et sous la forme de personnes juridiques. On les appelle « ordinairement *societates*. Leur nature était, en général, pure« ment contractuelle ; elles engendraient des obligations et elles « finissaient par la volonté ainsi que par la mort d'un seul de « leurs membres. Quelques-unes d'entre elles obtinrent le droit « de corporation, mais en conservant toujours le nom de *socie*« *tates*. Telles furent les sociétés pour l'exploitation des mines, « des salines, et pour la perception des impôts. » (*Id.*, t. II, pag. 263.)

On voit que M. de Savigny est bien éloigné d'assigner la qualité de personne civile à toute société contractuelle ; qu'il ne la reconnaît, à titre d'exception, qu'aux catégories qu'il énumère. Comment se fait-il donc que M. Troplong, à la note 13 du n° 61 de son commentaire, cite comme un des partisans de son opinion, le savant auteur du *Traité de Droit romain?*

Voet, *ad Pandectas*, lib. III, tit. 4, n° 1, énumère les universités, les corps ; et il se garde bien de comprendre les sociétés dans son énumération. Rien, dans son ouvrage, n'indique qu'il les ait considérées comme formant des personnes.

Au titre *pro socio*, il divise la société en publique et privée : il appelle publique la société formée pour la perception des impôts (précisément celle qui est qualifiée d'*être moral* au liv. III, tit. 4 du Digeste) ; mais il ne s'en occupe pas, il ne traite que de la société privée.

Brunneman, *Comment. in Pandect.*, lib. III, tit. 4, dit : « Omne « collegium regulariter est improbatum, nisi constet specialiter « id esse approbatum a principe. » Et au titre *pro socio*, définissant la société, il l'appelle une communauté, *communio*.

Mulnenbruch, *Doctrina Pandectarum*, § 197, enseigne également que les personnes civiles ne peuvent se former qu'avec l'autorisation du pouvoir législatif.

Je crois inutile de multiplier les citations ; il me suffira de dire que je n'ai trouvé la doctrine qui représente les sociétés contractuelles comme douées de personnalité, enseignée dans aucun ouvrage écrit sur le droit romain.

Après avoir établi mon opinion et montré qu'elle est professée par les auteurs qui ont commenté les lois romaines, il me reste à réfuter les arguments que l'on a voulu déduire de ces lois.

D'après ce que j'ai dit précédemment, il est évident que

M. Troplong donne à la loi 22 *de fidejussoribus* une portée qu'elle ne peut pas avoir : « Hereditas vice personæ fungitur, « sicut municipium, decurio et *societas.* » Le mot *societas* ne doit pas être entendu de toute société en général, mais seulement de celles qui, exceptionnellement, sont des personnes morales, de certaines sociétés industrielles, des sociétés de publicains, enfin de celles qui sont dénommées dans la loi 1re D. *quod cujuscumque universit.* Voilà la version qui nous paraît la seule vraie ; elle a l'avantage de mettre d'accord la loi 22 avec celles que j'ai citées.

C'est aussi l'interprétation que Pothier en donne dans ses *Pandectes*, où il explique cette loi par cette annotation : « Id est « *sodalitium, collegium, universitas,* » c'est-à-dire, non pas toute société indistinctement, mais celles qui sont *des colléges, des universités, des sodalitia.* L'explication proposée par M. Troplong aurait pour résultat de créer une antinomie entre ces divers fragments ; cela suffit pour la faire rejeter.

Je repousserai de la même manière ce que cet auteur dit de la loi 3, § 4, *de bonorum possessionibus ;* ici encore il ne s'agit pas d'une société quelconque, mais seulement de celle qui aurait été érigée en personne civile par le pouvoir souverain.

La loi 65, § 14, D. *pro socio* n'est nullement contraire à notre opinion. Que dit-elle, en effet? Que si l'avoir de la société est entre les mains d'un des associés, et qu'un de ses consorts ait quelque réclamation à exercer contre cette dernière, soit du chef d'un dommage qu'il aurait éprouvé, ou d'une dépense qu'il aurait faite pour elle, l'ayant-droit agira contre celui qui détient l'actif social; preuve, dit M. Troplong, que la société est une personne, puisque l'action doit être dirigée contre elle, contre la caisse, et non pas contre les associés individuellement. Je ne vois rien d'extraordinaire dans cette manière de procéder, rien de concluant en faveur de la doctrine qui s'en prévaut ; il me semble qu'il est très-facile d'entendre la loi sans avoir recours à la fiction de la personnalité repoussée si énergiquement par d'autres textes : un associé a été constitué mandataire pour gérer les affaires sociales ; c'est pour cela qu'il a en ses mains l'avoir de la société. Sa qualité lui donne le droit de recevoir et de payer pour les autres ; il est donc naturel que les créanciers, qu'ils soient associés ou non, s'adressent à lui pour réclamer leur paiement. Le président Favre donne deux raisons pour expliquer cette loi : l'une est celle que M. Troplong rapporte ; l'autre, qui est analogue à celle que je viens de présenter, est passée sous silence par cet auteur.

L'on a vu que M. Duvergier veut aussi asseoir sa doctrine sur le droit romain ; seulement il s'y prend d'une autre façon : sans invoquer aucun texte, il cherche à s'appuyer sur les principes ; un argument lui paraît surtout décisif : c'est celui qu'il tire de la nature différente des actions *pro socio* et *communi dividundo*, dont la première est personnelle, tandis que la seconde est mixte. Si l'action *pro socio*, par laquelle les associés demandent le partage des biens sociaux, est personnelle, dit-il, c'est que la société, être moral, a la propriété de ces biens ; car si cette propriété reposait indivisément sur la tête des associés, l'action serait mixte comme l'action *communi dividundo*, par laquelle on demande le partage d'une communauté.

J'ai peine à comprendre comment une erreur de ce genre a pu être commise par un jurisconsulte aussi recommandable que M. Duvergier. Il paraît croire que l'action *pro socio* a pour objet le partage des biens d'une société, tandis que l'action *communi dividundo* a pour objet le partage des biens d'une communauté. Or, chacun sait qu'il n'en est pas ainsi ; que la première tend à l'accomplissement des prestations personnelles que les associés peuvent se devoir, c'est pourquoi elle est personnelle ; et que l'objet de la seconde est le partage des biens dépendants d'une société ou d'une communauté. « Nihil autem interest cum societate, an sine « societate res inter aliquos communis sit : nam utroque casu « locus est communi dividundo judicio, » dit la loi 2 D. *communi dividundo*, 10, 3. L'action *pro socio* n'est donc pas l'action en partage des biens d'une société ; l'action *communi dividundo* n'est pas non plus nécessairement celle par laquelle on demande le partage des biens d'une communauté ; d'où il suit que la conséquence que M. Duvergier tire de ces prémisses inexactes est inexacte comme elles.

Je pourrais même retourner contre cet auteur son propre raisonnement, je pourrais dire : Vous avouez que si l'action par laquelle on demandait, en droit romain, le partage des biens faisant partie d'une société, était mixte de sa nature, ce serait la preuve que les associés sont copropriétaires du patrimoine social. Eh bien ! vous devez admettre cette copropriété qui renverse votre système, puisque j'établis que l'action tendant à ce partage était l'action *communi dividundo* dont vous reconnaissez le caractère mixte.

En résumé, les personnes civiles ne pouvaient être constituées en droit romain que par un acte de la puissance souveraine, acte qui devait être spécial pour chacune d'elles. Les sociétés n'étaient pas considérées comme telles, sauf quelques associations industrielles et commerciales; et c'est dans ces sociétés exceptionnelles qu'il faut aller chercher le germe de la distinction que notre législation établit, comme nous le verrons plus bas, entre les sociétés de commerce et les associations civiles.

II. *Ancien Droit français.* — Il est certain d'abord que le principe consacré par la loi 1re D. *Quod cujuscumque universit.*, 3, 4, avait passé sans altération dans l'ancien droit de la France. Domat l'enseigne en termes exprès dans son *Droit public*, liv. I, tit. 15, sect. 2, n° 1, ainsi que d'Argentré *sur l'art.* 46 *de la coutume de Bretagne*, n° 37.

Ferrière, *Dictionnaire de droit et de pratique*, v° *Communauté*, s'exprime dans le même sens : « On a toujours tenu pour maxime « indubitable que personne ne peut établir aucune congrégation, « corps, collége, communauté soit pour la religion, soit pour « la police civile, sans la permission du prince.

« On ne peut donc pas s'assembler pour faire corps de com« munauté sans congé et lettres du roi. »

Loisel, *Institutes coutumières*, liv. III, tit. 3, n° 22, et Loiseau, *Des offices*, liv. V, chap. VII, n° 73, disent la même chose.

On pourrait multiplier ces citations à l'infini, si cela n'était pas plus fastidieux qu'utile.

Celles qui précèdent suffisent pour montrer que l'ancien droit avait admis la maxime romaine qu'aucune personne morale ne pouvait être créée sans l'intervention du pouvoir souverain. Or, si telle était la règle, des particuliers n'avaient pas la faculté de constituer de semblables personnes, au gré de leur caprice, par un simple contrat de société.

Au reste, les auteurs qui ont écrit sur le droit civil de cette époque se sont bien gardés d'envisager les sociétés comme des personnes juridiques.

Dumoulin, dans son *Commentaire du Code de Justinien*, liv. IV, tit. 37, a soin d'établir une distinction entre les associations qui forment des êtres collectifs et les sociétés ordinaires; il oppose les unes aux autres; il déclare vouloir s'occuper des unes et non des autres; les sociétés civiles, normales, dit-il, vont faire l'objet de son travail; quant aux autres, il renvoie le lecteur au Digeste, liv. III, tit. 4.

Despeisses s'exprime aussi en termes très-clairs sur ce point. Il commence l'explication du contrat de société de cette manière : « Les choses sont communes à quelques-uns non-seulement par contrat de société, mais aussi quelquefois sans « société : comme lorsqu'une même chose a été donnée ou léguée à plusieurs, ou achetée par plusieurs. »

Ainsi les choses sont *communes* dans la société comme dans la communauté. Qu'est-ce à dire, si ce n'est que, de même que dans celle-ci, les choses appartiennent *pro indiviso* aux communistes, de même, dans la société, elles appartiennent indivisément aux associés et non pas à un être imaginaire qu'on nomme société?

Aux nos 8 et 9 du même traité, cet auteur signale une différence entre la société et les colléges et universités : dans la première, ce qui est fait par quelques associés contre le consentement des autres ne lie pas ceux-ci; tandis que dans les corps ou colléges, ce qui est fait par la majorité oblige la minorité, et il cite à l'appui de cette proposition les lois 28 D. *communi dividundo*, 10, 3; et 19 D. *ad municipalem,* 50, 1. Voici comment il explique la différence : « Celui à qui une chose est commune « avec plusieurs comme personnes particulières et singulières, « a certaine part et portion dans la chose ; mais ce qui est commun à plusieurs comme représentant un collége ou une université, ne peut pas être dit d'un seul dudit collége ou université ; c'est pourquoi on a cru juste que celui qui avait certaine « portion en la chose commune, ne fût pas obligé de faire la « volonté de ses associés qui ne peuvent rien faire à son préjudice ; mais que celui qui ne pouvait pas dire y avoir aucune « part, ne jouissait pas de ce droit. » Ce passage est très-significatif : si dans les colléges la majorité fait la loi, c'est parce que c'est au corps moral et non aux individus que les biens appartiennent ; tandis que la copropriété qui existe dans les sociétés ordinaires est la raison pour laquelle l'opposition d'un seul peut entraver les résolutions des autres. Il est impossible de dire plus clairement que les sociétés ne sont pas des personnes civiles.

Le même auteur enseigne encore, en se fondant sur la loi précitée du Code, qu'un associé peut vendre sa part dans les biens sociaux, ce qui ne peut s'accorder avec la fiction de la personnalité.

Enfin, l'autorité la plus imposante que l'on puisse invoquer en cette matière, le jurisconsulte dont les ouvrages ont en quelque sorte été considérés comme la *somme* de l'ancien droit français par les rédacteurs du Code civil qui les ont si fréquemment pris pour guides ou même copiés textuellement, Pothier vient nous prêter le puissant concours de son témoignage : son *Traité du Contrat de société* n'est, d'un bout à l'autre, qu'un démenti donné à l'idée que nos antagonistes se sont formée du caractère des associations civiles dans la législation antérieure.

D'abord, au n° 2 de ce traité, il explique la différence qui existe entre la société et la communauté; c'était bien le lieu, sans contredit, d'indiquer comme trait caractéristique la personnalité de la société, qui, de l'aveu de tous, ne s'étend pas à la communauté ; c'était là une différence essentielle, radicale, qui ne pouvait échapper à un esprit aussi pénétrant et aussi exact que celui de Pothier ; et pourtant il n'en dit pas un mot ; il différencie la société de la communauté par ceci : que l'une est un contrat, tandis que l'autre est un quasi-contrat, ce qu'il répète au n° 182; il signale au n° 183 une autre différence insignifiante, après quoi il ajoute *qu'à ces différences près, la société et cette espèce de communauté sans société conviennent entre elles.* D'où je conclus que, si dans la pensée de Pothier, la communauté ne pouvait prétendre au titre de personne morale, la société n'y pouvait aspirer davantage.

Au n° 3, le savant auteur enseigne, en se fondant sur la loi 13 D. *præscriptis verbis* que j'ai analysée plus haut, que les biens apportés par les associés leur appartiennent indivisément; preuve qu'ils ne sont pas la propriété de l'être moral.

Il enseigne, au n° 87, que la loi 28 D. *communi dividundo,* 10, 3, est applicable en matière de société, ce qui montre que, pour lui, cette dernière ne constituait pas un corps, car il eût, dans ce cas, fait application de la loi 19 D. *ad municipalem,* 50, 1.

Au n° 89, il reconnaît à chaque associé, conformément à la loi 68 D. *pro socio* le droit de vendre ou d'engager la part qui lui compète dans les choses sociales.

Enfin, au n° 179, Pothier enseigne que le partage qui s'opère après la dissolution de la société a un effet rétroactif, selon la fiction du droit français, reproduite par l'article 883 du Code civil. Mais jusques à quelle époque ce partage reportera-t-il ses effets ? Si ce sont des héritages apportés en société qui tombent dans le lot d'un associé, ils sont censés lui appartenir dès le moment où l'association a été formée, dès le moment où ils ont été apportés. Si ce sont des héritages acquis pendant la durée de la société qui échoient à l'un de ses membres, il sera censé en avoir été propriétaire dès l'instant de l'acquisition ; en un mot, les biens seront censés appartenir à celui qui les obtient dans son lot, à compter du moment où ils sont entrés dans la masse commune [1].

Cette solution donnée par Pothier est une conséquence du principe, que, pendant la société, les biens sociaux sont la propriété indivise des individus qui la composent : la fiction en vertu de laquelle le partage était déclaratif de propriété avait pour effet d'effacer l'indivision ; mais on ne comprendrait pas comment et pourquoi elle effacerait la propriété qui aurait appartenu à la personne morale pendant son existence ; il en est du partage d'une société comme du partage d'une hérédité. Or, le partage d'une hérédité fait bien que l'indivision qui a régné entre les héritiers depuis l'ouverture de la succession est considérée comme n'ayant point eu lieu ; il la fait disparaître légalement, même pour le passé ; mais il ne supprime pas la propriété qui a reposé sur la tête du défunt.

Je crois que l'on peut conclure de tout ce que je viens de dire que, pas plus dans l'ancien droit français que dans la législation romaine, les sociétés civiles n'étaient envisagées comme des êtres collectifs ayant une existence propre, un patrimoine, des droits à exercer et des obligations à remplir.

Toutefois, ainsi que je l'ai annoncé, je pense qu'il en était autrement des sociétés commerciales. L'on a vu précédemment que plusieurs associations relatives à l'industrie et au commerce avaient déjà, en droit romain, le caractère de personnes juridiques, par exemple, celles qui étaient formées pour l'exploitation des mines d'or, d'argent et des salines, etc. Cette dérogation aux règles ordinaires s'est non-seulement continuée, mais elle a pris une extension considérable dans l'ancien droit français : elle embrassa toutes les sociétés de commerce, comme l'attestent les écrits des auteurs de cette époque et les monuments de législation. C'est à cette espèce d'association qu'il faut appliquer le passage de Straccha, dans sa *Rote de Genès*, passage invoqué par M. Troplong : « *Societas est corpus mysticum.* » C'est évidemment aussi à ces sociétés que se réfère le *Statut de Genès*, liv. IV, chap. XII, lorsqu'il dit : « *Creditores societatum « mercatorum...... in rebus et bonis societatum...... præferentur « quibuscumque aliis creditoribus et etiam dotibus.* »

---

[1] On se demandera peut-être quelle était la conséquence pratique de cette rétroactivité du partage ? Elle n'avait pas, sans doute, pour effet d'anéantir les droits qui pouvaient avoir été conférés sur les biens sociaux par les administrateurs. Ces droits devaient être maintenus, parce que les gérants qui les avaient concédés avaient mandat à cette fin de la part des associés, et notamment de celui qui, plus tard, recevait les biens grevés dans son lot. Mais si des droits, des hypothèques, par exemple, avaient été créés par des associés non administrateurs, sur leurs parts, ces droits s'évanouissaient par l'effet du partage lorsque les biens qui en étaient affectés tombaient dans d'autres lots.

Au reste, mon intention n'est nullement d'insister, dans ce travail, sur la nature des associations de commerce qui ne soulève pas de contestation ; je ne veux que signaler la différence qui existe entre elles et les sociétés civiles et démontrer que ces dernières ne sont point revêtues du caractère de personnes.

III. *Droit moderne.* — Il me reste maintenant à rechercher si les principes dont j'ai constaté l'existence dans les législations antérieures ont été adoptés ou délaissés par le Code civil.

Je commencerai par une observation fort simple. Si les rédacteurs du Code avaient voulu attribuer à toute société le caractère de personne morale, ils auraient apporté en cette matière, il faut le reconnaître, un changement considérable, ils auraient révolutionné en quelque sorte le contrat de société. On doit croire qu'une modification aussi profonde eût rencontré des adversaires au sein du conseil d'État ou du Tribunat, car il est rare de réunir l'unanimité dans les assemblées humaines. Qu'elle n'eût été admise qu'après une discussion sérieuse dans laquelle les avantages du principe nouveau, et les inconvénients qu'avait entraînés l'ancien, eussent été mis en relief, les travaux préparatoires du Code civil conserveraient des traces d'une semblable discussion ; au moins ils révéleraient, de la part du législateur, l'intention de s'écarter du droit antérieur. Et cependant, les procès-verbaux des séances du conseil d'État et du Tribunat, les exposés de motifs des divers orateurs ne contiennent aucun indice d'une telle lutte, aucun signe d'une telle volonté : à peine quelques paroles du tribun Gillet pourraient-elles conduire à attribuer à la société la qualité que je lui conteste.

Ce silence des travaux préparatoires me semble déjà très-significatif : il en ressort une grave présomption que le législateur n'a point eu la pensée qu'on lui prête ; et l'on verra plus bas cette présomption se transformer en preuve complète par les discussions que je rapporterai, et qui dénotent une intention toute différente.

Les partisans de l'opinion que je combats prétendent trouver la démonstration de leur thèse dans de nombreuses dispositions du Code civil : ils invoquent, en premier lieu, les articles 1845, 1846, 1851, 1859 et 1867, qui, disent-ils, présentent l'associé comme débiteur de la *société*, ou la *société* comme propriétaire de certains biens, etc.; en sorte que l'association nous apparaît comme pouvant exercer des droits, comme soumise à des obligations, comme ayant un patrimoine enfin, capacité qui ne peut appartenir qu'à une personne, soit naturelle, soit fictive.

Il me semble qu'un pareil argument est bien faible, et qu'il suffirait à lui seul pour prouver à quelle extrémité se trouvent réduits les hommes de talent qui s'en prévalent. Qui ne voit, en effet, que le mot *société* est employé dans les articles par abréviation, pour éviter une circonlocution, en un mot pour désigner l'ensemble des associés, etc. « Chaque associé est débiteur envers la société, etc., » dit l'article 1845 ; c'est comme s'il disait : « Chaque associé est débiteur envers ses coassociés. » Quand on examine les choses avec réflexion, sans opinion préconçue, est-il naturel de croire que le législateur, voulant consacrer le principe nouveau de la personnalité des associations civiles, eût été le cacher sous une expression amphibologique ? Le principe était certes assez important pour que le législateur prît la peine de l'exprimer en termes non équivoques !

Ce qui prouve bien, au reste, qu'il n'y a aucune conséquence à déduire de cette formule employée par le Code, c'est que nous la retrouvons dans des ouvrages écrits sous l'empire de l'ancien droit qui n'admettait pas, ainsi que je l'ai précédemment démontré, la fiction imaginée par nos adversaires.

Pothier, dans son *Contrat de société*, au n° 32, dit : « que « l'associé *omnium bonorum*, lorsqu'il acquiert quelque chose « est présumé avoir voulu le faire *au nom et pour le compte de « la société*, et avoir par conséquent acquis la chose de plein

« *droit à la société.* » Au n° 37 il dit : « que la *société* de tous « biens *est tenue* de toutes les dettes dont chacun des associés « était débiteur, etc. ; » il le répète aux n°s 38, 41, 42 et 52. On pourrait multiplier ces citations à plaisir. Voilà donc, dans l'ancienne jurisprudence, *la société* qui acquiert, qui possède, qui doit, etc., et cependant on ne peut en conclure qu'elle soit une personne; comment ce raisonnement serait-il plus décisif aujourd'hui ?

Je ferai, pour achever la réfutation de cet argument, une dernière remarque qui me paraît péremptoire : c'est que les divers articles du Code civil qui parlent des biens, des dettes, des créances de *la société* sont empruntés presque mot pour mot au traité de Pothier ; ainsi l'article 1845 est calqué sur les n°s 110 et 113; l'article 1846 est la reproduction du n° 118 ; l'article 1851 est tiré du n° 54 ; l'article 1859 est copié sur les n°s 84, 86 et 90 ; enfin, l'article 1867 est emprunté au n° 110, auquel il apporte une modification indifférente pour notre question. Toutes les propositions consacrées par ces articles étaient donc reçues dans l'ancien droit français ; elles étaient formulées dans le livre de Pothier, et presque dans les mêmes termes que dans notre Code ; elles s'y conciliaient parfaitement avec le principe que la société ne constituait pas une personne ; comment pourrait-il se faire qu'elles fussent aujourd'hui des preuves de cette personnalité ?

L'induction que l'on tire de l'article 1849 ne me paraît pas non plus fondée. M. Duvergier trouve cette disposition incompatible avec l'idée de la propriété, pour chaque associé, d'une portion des choses qui dépendent de l'association. Voici probablement la pensée de ce jurisconsulte : Si les biens sociaux appartenaient indivisément à chaque associé, chacun aurait droit à une part dans les créances communes, et dès lors rien ne l'empêcherait de recevoir cette part ; cependant, l'article 1849 exige qu'il rapporte à la masse ce qu'il a reçu même pour sa part, lorsque plus tard le débiteur devient insolvable. C'est une preuve qu'il n'est pas vrai de dire que les biens sociaux soient la propriété des associés.

J'avoue que je ne vois rien d'incompatible entre ces deux idées qui semblent contradictoires à M. Duvergier. Oui, les associés sont propriétaires en commun des choses sociales, et des créances comme du reste. Est-ce à dire pour cela que ces créances puissent se diviser entre eux pendant la durée de la société ? Non, sans doute : ce serait aller à l'encontre du but que l'on s'est proposé en contractant. Pour que ce but puisse être atteint, il ne faut pas que chaque membre puisse agir à l'égard des choses communes, comme il le peut à l'égard de celles qui sont sa propriété exclusive ; car alors il arriverait fréquemment que des actes individuels viendraient contrarier la marche générale de l'association. On comprend donc très-bien que, quoiqu'un associé ait une part dans chaque créance sociale, il ne puisse la recevoir ni en disposer comme pourrait le faire un héritier à l'égard de ses cohéritiers. La raison de différence est que, dans la société, il y a un but commun à atteindre, dont la réalisation ne doit pas être contrariée par les actions particulières de ses membres, tandis qu'il n'en existe pas dans une simple communauté entre héritiers.

La preuve la plus décisive qu'on ne peut tirer de l'article 1849 aucune conséquence favorable à la doctrine de M. Duvergier, nous est fournie par l'article 1848. Cette disposition veut que quand un associé a une créance personnelle et exigible contre un tiers qui est en même temps débiteur de la société, il impute proportionnellement sur les deux créances ce qu'il reçoit du débiteur. Il s'agit bien ici d'une créance qui est la propriété particulière de l'associé, et pourtant il ne peut en recevoir le paiement exclusivement à celle de l'association. Pourquoi la loi apporte-t-elle une telle restriction à son droit? Parce qu'elle a craint qu'il ne sacrifiât les intérêts communs aux siens propres ; c'est pour ce motif qu'elle l'oblige à partager avec ses coassociés ce qu'il a reçu pour son compte personnel ; et certes on ne peut pas conclure de cette disposition que la créance qui est propre à l'associé appartienne à l'être moral ! Eh bien ! l'article 1849 repose sur le même motif : on a craint qu'un sociétaire ne se préoccupât que de sa part dans la créance commune, et ne négligeât celle des autres ; c'est pourquoi l'on a voulu qu'il partageât avec ses consorts ce qu'il pourrait avoir reçu de cette manière, dans le cas où le débiteur deviendrait insolvable. Lorsqu'on voit l'article 1848 contraindre l'associé de mettre en commun ce qu'il a reçu en paiement d'une créance qui était sa propriété exclusive, on ne peut pas s'étonner de voir l'article suivant lui imposer la même obligation relativement aux sommes qu'il a reçues en paiement de sa part dans une créance sociale, ni en inférer que, pendant la durée de la société, les membres qui la composent ne sont pas copropriétaires de cette créance.

Enfin je ne dirai plus qu'un mot, pour écarter la conséquence qu'on veut faire résulter de l'article 1849 : c'est que cette disposition est empruntée à la loi 63, § 5, D. *pro socio;* or, si la règle qu'elle établit n'était pas incompatible avec la copropriété des associés dans le droit romain, pourquoi le serait-elle dans la législation qui nous régit?

Le système contraire cherche encore à s'appuyer sur l'article 1860, qui défend à l'associé non-administrateur d'aliéner les choses même mobilières de la société.

Cet argument ne me semble pas plus heureux qu'aucun de ceux qui précèdent. On peut très-bien expliquer l'article 1860, sans admettre que les choses sociales soient la propriété de l'être collectif.

En droit romain, la loi 68, D. *pro socio*, permettait à chaque associé de vendre sa part dans un bien social, mais seulement cette part. Il est aisé de comprendre combien une pareille disposition devait apporter d'obstacles à la réalisation du but qu'on se proposait d'atteindre en formant une société; il devait fréquemment arriver que les aliénations consenties par les associés, rendaient cette réalisation impossible : cela se présentait toutes les fois qu'un membre de l'association vendait sa part dans une chose essentielle à la société et en faisait la tradition à l'acquéreur; celui-ci en devenait propriétaire. C'était une de ces conséquences rigoureuses, impitoyablement logiques, comme les Romains savaient en tirer de leurs principes, sans jamais reculer devant la dureté des résultats. L'associé était propriétaire de sa part, donc il pouvait l'aliéner. Ses consorts venaient-ils à se plaindre de cette aliénation, qui peut-être empêchait la société de fonctionner, et voulaient-ils reprendre la chose entre les mains du tiers acquéreur, ce dernier pouvait leur répondre : je ne vous connais pas; mon vendeur avait, dites-vous, mis en société la chose que j'ai acquise, il avait, par rapport à cette chose, contracté envers vous les obligations d'un associé; mais ces obligations lui sont personnelles; elles me sont étrangères; je n'ai pas à m'en préoccuper. Les obligations, en effet, ne pouvaient lier que la personne qui les avait contractées et ses héritiers, sans pouvoir jamais atteindre les successeurs particuliers; règle générale applicable à tout engagement, quel que fût le contrat d'où il dérivât. Le louage en fournit un exemple très-remarquable : un propriétaire donnait un bien en location, le lendemain il le vendait à un tiers, l'acheteur pouvait expulser le preneur, parce que les obligations résultant du contrat de louage étaient *res inter alios acta;* ainsi le décidait la fameuse loi 9, 6, *locati conducti :* « Emptorem quidem fundi necesse non est stare « colono cui prior dominus locavit, nisi eâ lege emit. » Le preneur ne pouvait résister à l'expulsion; seulement il avait le droit d'actionner son bailleur en dommages-intérêts. De la même manière, les associés ne pouvaient faire annuler l'aliénation que l'un d'eux aurait faite de sa part dans un bien social, mais ils avaient le droit de se faire indemniser du préjudice qu'ils éprouvaient.

Telle était la théorie romaine. Eh bien, de même que l'article 1743 du Code civil est venu lui porter une première atteinte en matière de louage; de même l'article 1860 l'a de nouveau modifiée en matière de société. Ces deux dispositions ont fait au même principe des dérogations qui ont entre elles la plus grande analogie. Le Code a voulu que l'acheteur du bien loué fût tenu de respecter les obligations du bail quoiqu'elles lui fussent étrangères; de même, il a voulu qu'un des associés ne pût plus paralyser l'action générale, faire avorter les projets communs, par une aliénation intempestive; il a défendu l'aliénation qui ne pourrait avoir lieu qu'au mépris des engagements contractés lors de la formation de la société. Mais cette disposition n'implique nullement l'existence d'un être moral; elle n'exclut nullement la copropriété des associés. Il ne viendra, sans doute, à la pensée de personne de soutenir que le bailleur n'est pas propriétaire de la chose louée, par le seul motif que la vente qu'il ferait de cette chose ne peut nuire aux droits du preneur ! On ne peut pas prétendre davantage, que l'associé ne soit point propriétaire d'une quote-part des biens sociaux, quoiqu'il n'ait pas le droit d'en disposer au préjudice de ses co-intéressés. Cette explication de l'article 1860 me semble préférable à celle qu'en donnent nos adversaires : car outre qu'elle est parfaitement conforme à la nature et au but du contrat de société, elle en harmonise les dispositions et ne crée pas, d'un côté, une fiction qui se trouve démentie ailleurs.

Dans l'arrêt que j'ai cité au commencement de ce travail, la Cour de cassation de Belgique, fonde principalement sa décision sur l'article 529 du Code civil : elle proclame franchement que cet article doit s'appliquer aux sociétés industrielles civiles aussi bien qu'aux sociétés commerciales. Au contraire, la plupart des auteurs qui professent la doctrine consacrée par l'arrêt, ont laissé à l'écart cette disposition qu'ils considèrent plutôt comme une objection. Il est certain cependant, qu'au premier abord, le motif invoqué par la Cour de cassation, présente quelque chose de spécieux. L'article 529 semble embrasser à la fois les sociétés civiles et les sociétés de commerce, puisqu'il énumère *les compagnies de finances, de commerce où d'industrie*. Les compagnies d'industrie, peut-on dire, sont des sociétés civiles, puisqu'on les classe distinctement des compagnies de commerce; autrement la loi aurait dû se borner à mentionner ces dernières.

Je pense cependant que cet argument de texte est sans aucune solidité. Car d'abord, l'article 529 mentionne distinctement aussi *les compagnies de finance et celles de commerce*, et pourtant il n'est pas douteux que les premières sont de même nature que les secondes, c'est-à-dire des associations commerciales; car il faut entendre par compagnies de finances, celles qui ont pour but d'accomplir des opérations de banque en général, opérations qui sont qualifiées actes de commerce dans notre législation : or, si l'on faisait une catégorie à part des sociétés de finances, quoiqu'elles eussent un caractère commercial, il n'y a rien d'étonnant à ce qu'on ait agi de la même manière par rapport aux sociétés d'industrie, et l'on ne peut en conclure qu'elles aient une autre nature, d'autant plus, qu'à l'époque de la rédaction du Code civil, le Code de commerce n'ayant pas encore été discuté, on ne savait pas à quels actes on attribuerait le caractère de commercialité.

C'est dans la discussion (du reste assez obscure) qui a eu lieu au Conseil d'État, sur l'article 529, qu'il faut rechercher la portée de cette disposition; et, en procédant de cette manière, on arrive à lui trouver une signification qui n'a encore été présentée, du moins à ma connaissance, par aucun auteur. Comme cette discussion est très-importante je la transcris littéralement, telle qu'elle est rapportée par Locré :

« L'article 14 est discuté.

« *Le consul Cambacérès* s'arrête sur ces mots de l'article : sont « meubles..... les actions de banque dans les compagnies de fi« nances, de commerce ou d'industrie, encore que des immeubles « dépendants de ces entreprises appartiennent aux compagnies.

« Il observe que, dans cette hypothèse, l'action donne droit « aux immeubles, et il demande si, par cette raison, on n'en de« viendra propriétaire qu'en la faisant transcrire sur les registres « des hypothèques.

« *M. Tronchet* répond qu'il faut distinguer l'action de l'intérêt « dans une entreprise. L'intérêt rend associé et copropriétaire, « l'action ne rend que commanditaire et ne donne droit qu'à la « somme qu'on a fournie.

« *Le consul Cambacérès*, dit que cette distinction est très« exacte, mais qu'il est nécessaire qu'on la trouve dans la rédaction.

« *M. Begouen* observe qu'il y a des actions qui rendent copro« priétaire. Par exemple, la manufacture de tabac du Havre a « été acquise par des actionnaires; ainsi chacun d'eux en est co« propriétaire et y a un intérêt en proportion de son action.

« *M. Tronchet* dit que ces deux sortes de sociétés sont usitées; « il convient, comme l'a dit le consul, de donner plus de déve« loppement à l'article.

« *M. Bérenger* dit qu'il existe des sociétés qui se forment par « actions, et où cependant les associés n'ont aucun droit aux « immeubles. Tels sont la banque de France, l'entreprise des « ponts de Paris. La propriété du pont ou des immeubles que « la banque acquerrait, n'appartient qu'à l'entreprise, qui est là « un être moral; chaque actionnaire n'a droit qu'aux produits « attachés à son intérêt. Il est évident que dans ce cas la trans« cription devient inutile.

« Ces entreprises, au surplus, n'existent qu'en vertu d'une loi. « Peut-être faudrait-il examiner s'il ne conviendrait pas de dé« cider qu'aucune entreprise de cette nature ne pourra se former « sans autorisation.

« *M. Treilhard*, propose de renvoyer la question au Code de « commerce.

« *Le consul Cambacérès*, dit qu'on ne peut différer à résoudre « la difficulté jusqu'à ce que le Code de commerce soit discuté. « *Il propose de décider que l'action est meuble toutes les fois qu'elle* « *ne donne pas droit à la propriété d'immeubles.*

« *M. Tronchet*, partage l'opinion du consul; *il pense qu'en prin*« *cipe l'action est meuble lorsqu'elle ne rend pas propriétaire des* « *immeubles, et ne soumet pas aux demandes qui peuvent être faites* « *contre la société.*

« *Cette distinction est adoptée.* » (Locré, *Législation ci-*

vile, etc., t. IV, pag. 21, nos 21 et suivants, édition belge).

Que peut-on conclure de cette décision? A mon avis, voici ce qui en résulte : 1° Que, comme le disaient Begouen, Tronchet et Bérenger, il y a des sociétés dans lesquelles les associés sont copropriétaires et d'autres où ils ne le sont pas, c'est-à-dire qu'il est des sociétés qui forment un être moral, et où conséquemment cet être a la propriété des biens sociaux, tandis qu'il en est d'autres qui ne constituent pas d'êtres semblables, et dans lesquelles la propriété réside sur la tête des associés eux-mêmes; — 2° Que, comme le disait Bérenger, sans être contredit par personne, les entreprises qui forment des personnes morales ne peuvent exister qu'en vertu d'une loi ; — 3° Qu'enfin la décision adoptée à la suite de la discussion est *que l'action est meuble toutes les fois qu'elle ne donne pas droit à la propriété des immeubles.*

Est-il possible, après avoir lu attentivement ce débat, de tirer de l'article 529 la conséquence que les intérêts ou actions, dans les sociétés industrielles civiles, sont toujours meubles encore que des meubles en dépendent, et que ces sociétés sont des corps moraux? Evidemment non. Cet article détermine la nature de l'intérêt ou de l'action; il décide que cette nature est mobilière lors même que des immeubles sont en société, toutes les fois que ces actions ou intérêts ne donnent pas droit à la propriété des immeubles, c'est-à-dire toutes les fois que la société est une personne morale ; *mais il ne décide pas lui-même quand une société est revêtue de cette qualité ou ne l'est point;* il ne nous apprend pas quelles sont les associations érigées en corps, et celles qui ne jouissent pas de cette prérogative. Par ce silence, il se réfère manifestement aux principes reçus à l'époque de la promulgation du Code civil, qui étaient ceux de l'ancien droit français : or, sous l'empire de cette législation, il n'y avait que les sociétés de commerce, et peut-être quelques grandes sociétés civiles, fondées en vertu d'une loi ou ordonnance royale, qui fussent considérées comme personnes morales.

Telle est, selon moi, le véritable sens de l'article 529, résultant clairement de la discussion que j'ai rapportée, et que les auteurs n'ont pas exactement saisie.

Si l'on ne voulait pas admettre cette interprétation, toujours faudrait-il bien reconnaître, en se fondant sur la même discussion, qu'il y a des sociétés qui jouissent de la qualité de personnes, et d'autres qui n'en jouissent point; et cela suffirait pour faire repousser la doctrine qui considère toute société quelconque comme un être collectif, doctrine si explicitement consacrée par l'arrêt belge. Il y aurait des sociétés personnes morales, mais quelles seraient-elles? A en juger par celles qui ont été citées en exemple par Bérenger, les sociétés revêtues de personnalité seraient, indépendamment des associations commerciales, celles qui se sont constituées pour de grandes entreprises, celles auxquelles on donne habituellement le nom de *compagnies;* on reviendrait ainsi, en quelque sorte, à la distinction proposée par Toullier, et qui a été rejetée par les commentateurs du Code. Mais je crois qu'il vaut mieux se tenir à l'explication que j'ai donnée tout à l'heure de l'article 529.

La Cour de cassation belge se prévaut encore du dernier alinéa de l'article 8 de la loi du 21 avril 1810, *sur les mines*, ainsi conçu: « Les actions ou intérêts dans les sociétés entreprises pour l'exploitation des mines, sont réputés meubles conformément à « l'article 529 du Code civil. » L'exploitation d'une mine, dit la Cour, n'est pas un commerce; la société formée pour cette exploitation est civile, et cependant les actions sont meubles, encore que des immeubles dépendent de l'entreprise. C'est une preuve que les sociétés civiles, comme les autres, forment des corps moraux. Ce raisonnement me paraît fort contestable : sans aucun doute, la loi peut imprimer à une catégorie de sociétés civiles le caractère de personnalité lorsqu'elle le trouve utile; c'est ce qu'elle a fait par rapport aux sociétés constituées pour l'exploitation des mines. Mais résulte-t-il de là que toutes les autres sociétés civiles, appartenant à des catégories différentes, ayant pour objet d'autres opérations, soient aussi douées de la même personnalité? Nullement. Au contraire, si l'on a cru nécessaire d'attribuer expressément, par une disposition spéciale, cette qualité aux associations pour l'extraction des mines, on est en droit d'en conclure que les autres n'en jouissent pas, puisque autrement la disposition eût été complétement inutile. En d'autres termes, dire, avec la Cour de cassation, que l'article 529 du Code civil met toutes les sociétés sur la même ligne, qu'il les érige toutes en corps ayant une existence propre; puis, dire que la loi de 1810 proclame le même principe relativement aux associations minières, c'est admettre que cette disposition n'a aucun sens utile, qu'elle n'est qu'un pléonasme législatif. Il y a une sorte de contradiction entre le motif que l'arrêt déduit de l'article 529 et celui qu'il emprunte à la loi sur les mines; tandis que cette dernière se concilie parfaitement, dans notre système, avec la disposition du Code civil.

Qu'importe, après cela, qu'on dise avec M. Troplong : « Que « les sociétés civiles doivent leur existence à une opération de « l'entendement, à une abstraction à laquelle l'esprit ne saurait « échapper ; qu'il n'a pas fallu de lois pour former un corps des « têtes de bétail comprises dans un troupeau! » Il est certain que toute fiction juridique prend naissance dans l'esprit, qu'elle s'élabore par une opération de l'entendement; mais existe-t-elle en droit dès que l'esprit de l'homme l'a imaginée? Personne n'oserait l'affirmer. Pour qu'une fiction existe dans la sphère du droit, il faut qu'elle soit consacrée par la loi; le jurisconsulte, l'interprète, sont impuissants à la créer, parce qu'elle a toujours pour résultat de produire une déviation dans l'application des règles juridiques; en attribuant à une personne ou à une chose une qualité qu'elle ne possède pas en réalité, elle entraîne toujours l'application de certains principes qui, sans elle, demeureraient inapplicables; elle est introduite, comme dit Ferrière, pour faire admettre un droit particulier contre les règles ordinaires; et c'est le motif pour lequel elle doit être entendue restrictivement.

Si la discussion à laquelle je viens de me livrer pour réfuter l'argumentation des adversaires basée sur les articles du Code civil, a démontré que ces diverses dispositions peuvent s'expliquer parfaitement dans l'ordre d'idées que j'ai adopté, sans qu'il soit besoin de recourir à la personnification des sociétés, il faudra en tirer la conséquence que le jurisconsulte n'a pas le droit d'inventer cette fiction, qui n'est proclamée par aucun texte, et qui, par cela même, doit être rejetée.

Je pourrais m'arrêter ici. Il suffirait, aux besoins de ma thèse, d'avoir établi qu'aucune disposition légale citée par les auteurs ne peut servir de fondement à l'opinion que je combats : mais j'irai plus loin; je citerai un texte qui démontre d'une manière complète que les sociétés de commerce sont les seules qui soient revêtues du caractère de personnalité : c'est l'article 69, n° 6 du Code de procédure civile qui me paraît être le plus net, le moins équivoque, le plus décisif enfin de tous ceux qu'on peut invoquer de part et d'autre dans cette discussion. Il porte que les sociétés de commerce, tant qu'elles existent, sont assignées en leur maison sociale; et s'il n'y en a pas, en la personne ou au domicile de l'un des associés. Il résulte de là que lorsqu'une société de commerce doit être assignée, elle doit l'être au domicile social, et qu'elle peut l'être dans la personne de son gérant sans qu'il soit nécessaire de mettre tous les associés en cause. Il est impossible d'expliquer cette disposition autrement qu'en disant que les associations commerciales constituent des personnes juridiques ; c'est l'être moral qui est assigné, qui est mis en cause, et non les individus réunis en société ; voilà pourquoi l'ajournement peut être fait de cette manière. Cela est, du reste, prouvé par les travaux préparatoires sur cet article. Le projet du Code de procédure contenait un article 65, dont la partie qui nous concerne était conçue ainsi :

« Seront assignés....... les associés et intéressés dans une so-
« ciété de commerce, en leur maison sociale, et s'il n'y en a pas,
« en la personne de l'un d'eux. »

La section de législation du Tribunat proposa la rédaction qui est devenue le n° 6 de l'art. 69, et voici comment elle motivait sa proposition :

« Cette rédaction paraît plus claire : elle a d'ailleurs l'avan-
« tage de faire disparaître le mot *intéressés*, qui ne doit pas res-
« ter dans l'article, attendu que les intéressés ne sont pas censés
« connus du public, et que la loi ne peut avoir en vue que les
« assignations à donner *à une société considérée comme être moral*
« *et collectif.* » (Locré, *Législation civile,* etc., page 204, édition belge.)

Le motif de l'article est donc clairement révélé par cette citation.

Or, cette disposition, la plus explicite que renferment nos Codes, sur le point de droit dont je m'occupe, ne parle que des sociétés de commerce ; et la Cour de cassation de France a refusé, par un arrêt que j'ai cité précédemment, d'en faire application à une société civile. Pourquoi cette distinction ? pourquoi la règle de l'article 69 n'a-t-elle été décrétée que pour cette espèce d'associations ? C'est évidemment parce que seules elles forment des êtres collectifs ; c'est parce que, dans les sociétés civiles, il y a bien une réunion d'individus, mais pas de personne juridique. Voilà incontestablement le seul motif rationnel qu'on puisse donner pour justifier cette différence, et en dehors duquel on ne trouvera que l'arbitraire.

C'est ainsi que la distinction entre les sociétés civiles et celles qui ont pour objet des faits de commerce, qui a pris naissance dans le droit romain, qui s'est consolidée et élargie dans l'ancienne jurisprudence, est également consacrée par la législation moderne.

Il ne me reste plus maintenant qu'à me résumer :

J'ai montré que sous l'empire des lois romaines les personnes morales ne pouvaient être créées que par un acte émanant du pouvoir souverain ; que les sociétés contractuelles n'avaient jamais été revêtues de cette qualité par le droit civil, à l'exception de quelques associations industrielles ou commerciales, et de celles qui avaient pour objet la perception des impôts. J'ai cité plusieurs fragments du *Digeste*, dont les uns proclament ouvertement ce principe, et dont les autres sont inconciliables avec l'idée de la personnalité des sociétés.

J'ai fait voir que la même doctrine était enseignée par les meilleurs auteurs dans l'ancien droit français, en ce qui concerne les sociétés civiles, tandis que les associations commerciales étaient envisagées comme des personnalités juridiques.

Enfin, j'ai recherché si le législateur moderne avait manifesté l'intention de modifier les idées anciennes. J'ai constaté le silence des travaux préparatoires des Codes à cet égard ; j'ai prouvé en outre que toutes les dispositions légales considérées par les auteurs comme révélant cette volonté, ont été empruntées à l'ancien droit ; que d'ailleurs elles peuvent être facilement expliquées dans mon système ; que, dès lors, la fiction de la personnalité des sociétés n'étant pas l'œuvre du législateur, pour ce seul motif, devrait déjà être repoussée. Enfin, j'ai montré cette fiction condamnée par la loi elle-même, qui, en l'admettant explicitement pour les sociétés commerciales, la rejette en ce qui concerne les associations civiles.

V. THIRY.

PRESCRIPTION. — DOL. — DÉLAI.

L'action en rescision d'une convention fondée sur le dol se prescrit par le délai de dix ans à partir du jour où le dol a été découvert. Ce délai peut-il dépasser *trente ans à compter du jour où le contrat entaché de fraude a* pris naissance, dans le cas où la découverte du dol n'aurait eu lieu qu'après vingt années depuis l'existence du contrat?

Par M. SELIGMAN, juge à Reims.

Nous lisons dans le *Journal du Palais*, un arrêt de la Cour d'appel qui a donné lieu à des discussions très-intéressantes sur la question de savoir, si les actions fondées sur le dol, ou la fraude sont régies seulement par l'article 1304 du Code Napoléon, ou s'il faut combiner cet article avec l'article 2262.

Les deux camps qui se sont formés pour soutenir la lutte dans cette grande question présentent des forces importantes : d'un côté nous voyons la Cour impériale de Paris et M. Duvergier; de l'autre, MM. Valette, Demante, Duranton et Marcadé. C'est dire que la question a été approfondie avec toutes les données de la science et de la pratique. Il faut dire cependant, que le terrain sur lequel ces auteurs se sont placés nous a paru trop étroit; on s'est occupé beaucoup des textes de la loi, et peut-être n'a-t-on pas mis assez en relief le principe fondamental qui plane sur toutes les questions de prescription.

M. Duvergier, en prenant la lettre de l'article 2262, dit que toutes les actions, tant réelles que personnelles, se prescrivent par trente ans; il ajoute que l'article 1304 n'a pas dérogé à l'article 2262 : « Il n'établit point, dit le célèbre jurisconsulte, une « exception absolue à l'article 2262, il a été, au contraire, intro« duit dans la loi comme devant se combiner avec celui-ci..... « il est manifeste, ajoute-t-il, qu'on irait contre le but de l'ar« ticle 1304, si l'on faisait ressortir de ses dispositions, écrites « en vue d'abréger la durée des actions en rescision, la possi« bilité de prolonger leur existence au delà du terme de trente « ans. » — Selon M. Duvergier, le délai de trente ans doit nécessairement détruire toute action, à moins qu'il n'y ait une dérogation formelle à cette règle générale. Le temps seul, alors que sa durée est de trente ans, a selon lui cette vertu efficiente que lui donne la loi d'éteindre tous les droits. Là où M. Duvergier rencontre une action fondée sur un principe de justice, il l'efface par le délai trentenaire, à moins qu'une exception formelle ne soit inscrite dans la loi.

M. Valette répond à cette argumentation de M. Duvergier avec les textes du Code. L'article 2264 dit que les règles de la prescription sur d'autres objets que ceux mentionnés dans le présent titre sont expliquées dans les titres qui leur sont propres. C'est donc dans l'article 1304 qu'il faut chercher la solution de la question qui nous occupe; en effet, cet article contient des règles spéciales sur la prescription des actions en nullité ou en rescision des conventions. Selon l'article 1304, les actions en nullité ou rescision d'une convention durent dix ans, et après avoir posé cette première règle, l'article détermine l'époque à laquelle ce délai de dix ans commence à courir. Ainsi, dans le cas de violence, ce n'est que du jour où elle a cessé, et dans le cas d'erreur ou de dol, du jour où ils ont été découverts.

M. Valette combine l'article 2264 avec l'article 1304 pour détruire les arguments de M. Duvergier, tirés de la combinaison des articles 2262 et 1304. M. Valette démontre aussi que la règle d'interprétation *Specialia derogant generalibus* est favorable à la solution qu'il donne à la question. Le savant professeur ne se contente pas de cette interprétation des textes, il cherche une raison plus élevée dans les principes de justice. Selon lui, « le « temps tout seul qui agit dans d'autres circonstances pour « éteindre des droits, n'a pas la puissance de transformer une « convention, et de la rendre bonne, de vicieuse qu'elle était. » Ainsi il est d'accord avec M. Duvergier, sur ce point que le temps suffit en général pour détruire les actions ; mais par un respect fondé sur la justice, il n'accorde pas au temps seul la force de valider un consentement surpris par la fraude, ou extorqué par la violence. M. Marcadé, acceptant tous les motifs donnés par M. Valette, fait surtout valoir avec force ce qu'il y aurait d'immoral à ce qu'une convention, résultat de la violence, pût devenir inattaquable après trente ans, si la violence n'a pas cessé depuis dix ans.

M. Duvergier ne pourrait-il pas répondre : Pourquoi ce privilége en faveur des actions en nullité? Les autres droits qui se perdent par la prescription trentenaire ne sont-ils pas aussi sacrés que ceux pour lesquels vous voulez une exception? et puisque, selon MM. Valette et Marcadé, le temps seul suffit pour éteindre les autres droits qui méritent la protection du législateur, il n'y a pas de raison pour donner ce privilége aux actions en nullité pour lesquelles le législateur a fixé un délai de prescription plus court, celui de dix ans. Quant à la dérogation résultant de l'article 1304 à l'article 2262, elle n'est pas assez formelle pour anéantir la règle générale de l'article 2262.

Si ces objections ne nous paraissent pas détruire la force des arguments présentés par MM. Valette, Demante, Duranton et Marcadé, il en résulte au moins que ces arguments ne sont pas tout à fait satisfaisants. Selon nous, ce qui manque aux démonstrations de ces savants jurisconsultes, c'est que l'idée dominante de la prescription n'a pas été produite au grand jour. Une fois que ce principe général, fondement de la prescription, est bien établi, les conséquences doivent en découler avec une force irrésistible. Tout en adoptant la solution donnée par M. Valette, nous arriverons, par un exposé clair et simple des principes fondamentaux de la matière, à donner des résultats basés sur la justice et la raison, qui n'admettront plus le doute dans cette question.

Les auteurs qui l'ont traitée se sont trompés en voyant dans le temps la cause de la prescription. Le temps, ce destructeur des œuvres matérielles, peut-il éteindre des droits qui ont leur source dans la justice éternelle?... Admettons un instant que ce soit le temps qui crée ou détruise les droits par la prescription, tous les droits ayant le même fondement, le temps qui les modifie devrait être le même pour tous, et cependant il varie d'une façon multiple selon les cas. Ainsi, il n'a aucune prise sur une foule de droits qui sont imprescriptibles, quel que soit le temps de la possession. Occupez une chose qui est du domaine public le temps que vous voudrez, elle sera toujours du domaine public; tant que ce caractère lui restera, le temps n'aura aucune prise sur la chose. Le vice de précarité en matière de prescription ne peut s'effacer par le temps, et forme obstacle à la prescription tant qu'il dure. L'état de mineur toujours et de femme mariée dans certaines circonstances, la modalité des créances arrêtent l'effet du temps sur la prescription, et pourtant, si le délai seul était inflexible pour créer ou détruire des droits, la loi n'aurait pas formulé tant d'exceptions à ce prétendu principe. Il faut dire avec Vico: *Tempus non est modus constituendi vel dissolvendi juris.* Car, comme dit M. Troplong, le temps ne peut ni commencer ni finir ce qui est éternel et absolu.

Quel est donc le vrai fondement de la prescription? La prescription s'explique par les principes de justice éternelle auxquels elle se rattache. En effet, elle repose sur une double présomption à laquelle donne lieu d'une part le fait de la possession prolongée, de l'autre l'abandon du propriétaire et la négligence du créancier. Dans la prescription acquisitive, la loi présume que la propriété a été acquise par quelque mode légal, mais que la preuve de cette transmission de la propriété au possesseur par le véritable propriétaire s'est perdue. Dans la prescription libératoire on suppose l'existence d'un titre de libération dont le temps a détruit les traces. En outre, le silence du maître, celui du créancier doivent faire raisonnablement présumer de la part de chacun d'eux un abandon volontaire de son droit, abandon qui ratifierait la possession de la chose et en autoriserait l'occupation. Aussi, le jurisconsulte romain a-t-il pu dire avec raison : *Alienationis verbum etiam usucapionem continet*; *vix est ut non videatur alienare qui patitur rem suam usucapi*. Et s'il s'agit d'un possesseur de bonne foi dont l'erreur a été entretenue par la négligence du propriétaire, et qui dans cette ignorance a consacré ses efforts à l'amélioration de la chose qu'il possède, ne pourrait-on pas voir dans la translation de la propriété qui se fait à son profit une application du principe posé par l'article 1382, qui oblige celui par la faute duquel un dommage a été causé à le réparer? La meilleure indemnité serait évidemment de lui laisser la propriété de la chose qu'il a fécondée et améliorée par ses labeurs continus. L'incurie, l'inconcevable inertie du propriétaire qui dédaigne d'exercer son droit, recevront ainsi un juste châtiment de la loi qui transmettra ce droit au possesseur industrieux et travailleur.

Il suit de là que dans la généralité de ses applications, la prescription puise sa source dans le droit naturel et dans l'équité. L'action du temps est impuissante pour créer la prescription des droits, le temps n'intervient ici que comme mesure des éléments qui servent de base à la prescription, et ces éléments, nous les puisons, ainsi que nous venons de le dire, dans les principes de justice. Un des éléments sur lesquels se fonde la prescription est avant tout l'abandon présumé du propriétaire ou du créancier. Chaque fois que le législateur a rencontré un fait évidemment contraire à cette présomption, la prescription n'a pu avoir lieu. C'est ainsi qu'il a suspendu le cours de la prescription pour les mineurs, pour les femmes mariées toutes les fois que l'action qui en résulterait pour les tiers rejaillirait contre le mari. Les uns à raison de leur âge, les autres à raison de leur dépendance de l'autorité maritale ne peuvent équitablement être regardés comme capables de défendre leurs droits, et l'absence de défense de leur part ne peut être prise pour de l'abandon.

La modalité de la créance est une cause de suspension d'après l'article 2257. Tant que la dette n'est pas exigible, tant que la condition n'est pas accomplie on ne peut pas présumer le paiement de la dette ou l'abandon du droit du créancier.

Ce court exposé nous montre les principes applicables en matière de prescription.

Quel que soit le laps de temps fixé pour la prescription, ce délai ne court pas tant que le législateur reconnaît l'impossibilité qui paralyse l'action du propriétaire ou du créancier. Arrivons maintenant à la question qui nous préoccupe.

Quel est le point de départ que le législateur devait admettre pour l'action en nullité fondée sur la fraude? Est-ce du moment où la fraude a été commise? Évidemment non, car comment était-il possible de demander la réparation du dommage causé par le dol, lorsque précisément ce dommage était le résultat de l'ignorance, où se trouvait la personne lésée, des manœuvres frauduleuses qui lui ont fait le tort! Il était donc de toute justice que le délai de la prescription ne courût que du jour où la victime de la fraude en a eu connaissance. L'abandon de son droit à un dédommagement ne peut être présumé tant que la partie lésée était dans l'impossibilité d'exercer cette action ou ce droit par la faute grave de celui qui l'a trompée. Aussi l'article 1304 consacre cette nécessité de justice en fixant le point de départ de l'action en nullité fondée sur le dol au moment où la fraude a été découverte. Mais une fois la fraude connue par celui qui en était victime, fallait-il lui laisser trente ans, délai le plus long de la prescription, pour en demander réparation, ou un laps de temps plus court était-il suffisant? L'article 1304 répond à cette question en bornant la durée de cette action à dix ans. En effet, l'attention de la victime de la fraude était appelée d'une façon saisissante sur les faits qui lui causaient préjudice par cette découverte. L'inaction prolongée au delà de ce délai ne peut s'expliquer que par une renonciation à son droit, car les manœuvres frauduleuses ne peuvent pas faire supposer une indulgence trop prolongée de la part de la partie lésée pour venir en demander réparation en justice. Mais, est-ce à dire pour cela que trente ans depuis la convention suffisent, comme pour les actions en général, pour rendre cette convention inattaquable, même dans le cas où la fraude n'aurait pas été découverte depuis dix ans, et voudrait-on se fonder sur ce que la mauvaise foi ne peut être opposée au prescrivant, en assimilant la fraude entre les contractants et la mauvaise foi du possesseur? Ce serait là une grave erreur. Ces mots de l'article 2262 : « sans qu'on puisse opposer au prescrivant « l'exception déduite de la mauvaise foi, » s'appliquent seulement à la prescription acquisitive, et sont mis par opposition à la prescription avec juste titre et bonne foi dont parlent les articles 2265, 2266 et suivants; c'est aussi par opposition à l'usucapion romaine qui, sauf quelques cas exceptionnels, exigeait la bonne foi et la juste cause; c'est encore par opposition à Pothier et au droit canonique qui, tout en dispensant le possesseur de justifier de sa bonne foi, permettait au revendiquant de prouver que son adversaire était devenu possesseur de mauvaise foi avant l'accomplissement de la prescription : «*mala fides superveniens interrumpit usucapionem.*» Mais outre ces raisons tirées de l'histoire du droit, la simple équité suffit pour expliquer la différence que fait la loi, relativement au point de départ de la prescription, entre l'action réelle contre le possesseur de mauvaise foi, et l'action résultant de la fraude pratiquée dans les conventions. La mauvaise foi du possesseur n'empêche pas le propriétaire de revendiquer sa chose que le prescrivant possède ouvertement. Là, rien ne lui est caché, il a à se reprocher de n'avoir pas surveillé sa propriété qu'il a abandonnée, et pourtant il n'était pas dans l'impossibilité de faire valoir ses droits. Mais lorsque la personne avec laquelle nous contractons, nous cause un dommage par ses manœuvres, est-il possible d'en demander réparation avant que nos yeux soient ouverts sur la fraude commise? Évidemment nous ne le pouvons pas. Donc une loi qui exigerait le contraire, serait aussi absurde que si on demandait à un aveugle, tant qu'il se trouve dans cet état, de discerner les couleurs. Un pareil reproche ne peut être fait à l'article 1304, et pour preuve, citons en terminant les paroles de l'orateur du gouvernement[1], qui développe le sens de cet article au Corps législatif : « Il faut, pour que le

---

[1] M. Bigot de Préameneu.

« délai dans lequel l'action doit être formée commence, qu'il ait « été possible de l'intenter : ainsi, dans le cas d'erreur ou de « dol, ce ne peut être que du jour où ils ont été découverts. »

SÉLIGMAN.

HISTOIRE DU DROIT FRANÇAIS,

DE M. F. LAFERRIÈRE, PROFESSEUR HONORAIRE, ANCIEN CONSEILLER D'ÉTAT, INSPECTEUR GÉNÉRAL DES FACULTÉS DE DROIT.

EXAMEN DU TOME IV. *Droit public et droit privé du moyen âge.*

Par M. **NYPELS**, professeur ordinaire à l'Université de Liège.

Nous venons un peu tard payer notre dette à M. Laferrière ; il y a un an et plus qu'a paru le volume dont nous allons nous occuper, et dans cet intervalle, les Revues françaises et étrangères ont eu soin de le signaler à l'attention des jurisconsultes. Mais l'*Histoire du Droit français* est un de ces livres qui sont longtemps nouveaux et dont l'intérêt ne finit pas avec la nouveauté ; on aime à y revenir, comme à tout travail sérieux qui laisse des traces durables dans l'esprit de ceux qui le lisent.

Le troisième volume de l'ouvrage de M. Laferrière comprenait l'histoire du droit originairement germanique ; l'exposé des lois barbares et de leurs transformations sur le sol gallo-romain pendant la durée des deux premières races. On sait avec quel incontestable succès l'auteur a traité cette importante partie des origines du Droit français.

Le quatrième volume embrasse l'*époque féodale*. Il commence avec le droit de la monarchie Capétienne, qu'il conduit jusqu'à la monarchie de Philippe-Auguste et de saint Louis ; de la fin du x^e à la fin du XIII^e siècle. C'est l'époque la moins connue de l'histoire du Droit français ; celle aussi qui présentait le plus de difficultés par suite de la rareté des matériaux contemporains.

Avant d'analyser le travail de M. Laferrière, il convient de rappeler quel était l'état social de la France au moment où s'ouvre ce volume.

La révolution qui, en 987, plaça la couronne sur la tête de Hugues Capet, chef de la troisième race, ne fut point un simple changement de dynastie, sans influence sur la constitution politique de l'État. Elle sanctionna comme faits désormais *légalement établis*, des modifications profondes qui s'étaient insensiblement introduites dans les institutions sous les derniers successeurs de Charlemagne : en d'autres termes, la dynastie fut changée *pour consolider le gouvernement féodal*.

Depuis la grande invasion germanique, trois éléments contraires s'étaient trouvés en présence sur le territoire des Gaules : l'élément romain, l'élément chrétien et l'élément germanique. Après plus de deux siècles, ces éléments n'étaient pas encore parvenus à s'amalgamer, à se fondre ensemble. La main puissante de Charlemagne avait réussi à les *associer* un instant dans l'unité d'un gouvernement régulier ; mais les efforts de ce grand homme n'avaient produit et ne pouvaient produire qu'une œuvre éphémère, à la destruction de laquelle il aurait probablement assisté lui-même, s'il eût vécu quelques années de plus.

A la mort de Charlemagne (814), son empire s'étendit, du nord-est au sud-ouest, de l'Elbe en Allemagne à l'Èbre en Espagne ; du nord-est au sud-est, de la mer d'Allemagne à l'extrémité méridionale de l'Italie. Vingt-neuf ans plus tard (843), après le traité de Verdun, cet empire formait trois royaumes : les royaumes de France, de Germanie et d'Italie. Quarante-cinq ans plus tard encore, en 888, au lieu des trois royaumes, nous en trouvons neuf ; parmi ceux-ci, le royaume de France est réduit aux pays compris entre l'Escaut, la Meuse, la Saône, le Rhône, les Pyrénées et l'Océan.

Vers la même époque se produit un morcellement de territoire bien autrement important, l'*anarchie féodale*.

Alors la souveraineté se concentre dans chaque grand fief et s'incorpore à la propriété. Les droits de guerre et de justice, le privilége de battre monnaie, d'imposer des tailles et des corvées, tous les droits régaliens, deviennent des attributs des grands propriétaires de fiefs ; tout s'isole, tout devient local. La société ecclésiastique, forte jusque-là par son unité, est elle-même fatalement entraînée dans ce morcellement.

Un siècle avait suffi pour accomplir cette révolution. En 877, Charles le Chauve avait imprudemment reconnu les usurpations des grands, et autorisé la transmission et le partage des bénéfices ; et cent ans plus tard, à l'avénement de Hugues Capet, il y avait en France cinquante-cinq grands fiefs composant des souverainetés héréditaires et indépendantes, sans compter un nombre bien plus considérable d'arrière-fiefs relevant des premiers.

Quelles furent les causes de la transformation de la société? Problème compliqué qui a longtemps partagé les historiens, et que M. Guizot a résolu avec sa sagacité habituelle.

« Les éléments de toute grande société, dit l'illustre historien, se trouvent d'une part dans l'esprit des hommes, de l'autre dans les relations sociales. Or, l'état normal et l'état social des peuples, à cette époque, répugnaient également à toute association, à tout gouvernement unique et étendu. Les hommes avaient peu d'idées, et des idées fort courtes; les relations sociales étaient rares et étroites. A de telles conditions, une grande société était impossible, car elle n'aurait eu aucun de ses liens naturels et nécessaires..... De petites sociétés, des gouvernements locaux, des gouvernements et des sociétés taillés en quelque sorte à la mesure des idées et des relations humaines, cela seul était possible... Les éléments de ces gouvernements locaux étaient tout trouvés. Les possesseurs de bénéfices tenus du roi ou de domaines occupés par la conquête, les comtes, les ducs, les gouverneurs étaient semés çà et là sur le territoire. Ils devinrent les centres naturels d'associations correspondantes. Autour d'eux s'agglomérèrent, de gré ou de force, les habitants, libres ou esclaves, des environs; et ainsi se formèrent ces petits états, les grands fiefs d'abord, puis une multitude d'autres moins importants[1]. » Tel était l'état social à l'avénement des Capétiens. En réalité, il n'y avait plus alors de *royaume de France*. La contrée qui porte ce nom était gouvernée par une confédération de souverains indépendants, et celui d'entre eux qui portait ce titre de roi ne se distinguait guère que par quelques prérogatives honorifiques.

Et cependant c'est précisément à ce moment où toute trace d'un gouvernement central a disparu, que commencent l'histoire et la civilisation de la France.

C'est que, à côté de l'unité qui résulte du gouvernement, il en est une autre plus profonde et plus puissante : celle qui résulte de la similitude des institutions, des mœurs, des idées, du langage. Or, à la fin du xe siècle, les races commencent à s'amalgamer; la diversité des lois, selon l'origine, disparaît; des institutions semblables (le régime féodal) existent dans toutes les parties du territoire; une langue nouvelle, commune aux deux races, commence à se former au Nord et au Midi ; les mœurs, enfin, se sont déjà modifiées : le Germain a dépouillé la rudesse de ses habitudes primitives, le Romain a oublié sa chute et déposé la haine du vaincu... Tous les éléments sociaux, en un mot, se rapprochent, s'assimilent, et tendent vers l'unité[1].

---

[1] *Histoire de la civilis. en France*, Cours de 1829, leçon 24, *in fine*.

En même temps que ces éléments, en quelque sorte *internes*, minent insensiblement la société féodale, d'autres éléments de civilisation générale agissent contre elle et favorisent puissamment la transformation sociale.

« Au-dessus de ce monde féodal, où dominent la force, le morcellement et l'oppression, dit M. Laferrière, il est un pouvoir spirituel qui possède et qui proclame l'esprit de fraternité humaine, l'unité de la loi morale, et le principe de capacité appliqué par l'élection au gouvernement des âmes : c'est *l'Église catholique*.

« Au milieu des divisions infinies de la féodalité, il est un pouvoir temporel, souvent méconnu par les grands vassaux, mais qui par son titre, par son principe mixte d'élection et d'hérédité, attire à lui les grands du royaume et contient les germes d'un pouvoir central : c'est *la royauté française*.

« Au-dessous de la féodalité française, et comme couche dernière, subsistent, dans les cités, des traditions de droit romain, d'institutions municipales, de corporations d'arts et métiers, de Gildes germaniques que viendront bientôt raviver et grandir *l'émancipation des communes*, *la renaissance du droit civil*, *l'établissement des universités*.

« *L'Église, la royauté, les communes, le réveil des études et la renaissance du Droit romain par le droit de Justinien :* tels sont les divers éléments de transformation sociale, les principes civilisateurs qui concourront à la destruction de l'anarchie féodale et au développement des institutions politiques, administratives et civiles, dont l'ensemble constituera la monarchie de Philippe-Auguste et de saint Louis. »

M. Laferrière apprécie et détermine successivement l'influence et l'action directe de ces divers éléments de civilisation. Ses recherches sur ce point embrassent la plus grande partie du volume, dont elles forment le livre intitulé *Droit public*. Nous allons le suivre dans cette étude, et tâcher d'en donner une analyse assez complète pour faire comprendre les résultats auxquels il arrive.

---

[1] *Histoire de la civilis. en France*, Cours de 1830, 1re leçon.

Influence de l'Église. — Au milieu du désordre général et de l'oppression du pays, le catholicisme le premier comprit sa mission en se faisant le centre de la régénération sociale.

Mais le clergé lui-même, dans ces temps de calamités, s'était laissé entraîner dans la corruption générale. Pour acquérir le droit d'agir sur les mœurs publiques, il fallut d'abord qu'il agît sur ses propres ministres.

La réforme fut lente et laborieuse. Les efforts persévérants de quelques pasteurs courageux parvinrent à épurer sensiblement les mœurs du clergé séculier, et à rétablir la règle dans les couvents.

Des métropoles et des monastères, la réforme remonta jusqu'au trône pontifical. Sous Léon IX et Grégoire VII, la papauté reprend son éclat et sa puissance. La hiérarchie est affermie à tous les degrés par la sévérité de la discipline ; le célibat des prêtres est proclamé comme une loi fondamentale de l'Église ; la liberté des électeurs remplace la violence et la corruption qui, seules jusque-là, avaient donné les dignités ecclésiastiques ; enfin, les dîmes et l'institution des *bénéfices ecclésiastiques* assurent l'indépendance du clergé.

Désormais l'Église, puissante par son unité morale, devient la patrie commune de tous les chrétiens. Son esprit gouverne la société féodale où domine la force matérielle ; elle corrige les mœurs ; elle se fait l'institutrice des peuples et des rois, et l'asyle de ceux qui souffrent.

Cependant, au milieu de ces progrès, l'Église trouvait un immense obstacle dans les *guerres privées*. Elle n'était pas assez puissante pour détruire ce droit barbare de la force, elle voulut au moins le régulariser. Dans ce but, elle institua la ***Trêve de Dieu***. Par cette loi, toute attaque était défendue depuis le mercredi soir jusqu'au lundi matin de chaque semaine, et pendant les jours de fête, le Carême, et l'Avent ; de sorte qu'il ne resta plus que soixante-dix jours à peu près, par année, où l'appel à la force fut permis. Les pèlerins, les femmes, les églises étaient mis sous la garde perpétuelle de la ***Trêve de Dieu***.

En même temps on vit se former, sous l'inspiration de l'Église et de la fraternité chrétienne, une institution qui formait un contraste frappant avec l'oppression des guerres privées, *la chevale-*

rie. — Le chevalier s'engageait, lors de son initiation, à soutenir *les faibles contre le mépris des forts*, et à défendre *les pauvres contre l'oppression des riches.*

De la même époque datent les *croisades*, qui donnèrent une si profonde secousse à la féodalité du moyen âge. Prêchée en 1095, par l'ermite Pierre et par Urbain II, la première croisade fut résolue sous l'empire du sentiment religieux et de l'indignation inspirée par les profanations du saint sépulcre : mais au nombre des motifs de la croisade, le pape présenta aussi la nécessité de mettre un terme au fléau des *guerres privées*, et elle fut plus utile pour cet effet, que n'avait été la *trêve de Dieu.*

« Les croisades, dit M. Laferrière, ont imprimé au monde un long ébranlement ; elles ont abaissé les hauteurs de la féodalité, enchaîné le fléau des guerres privées, et brisé le lien fatal et presque universel qui attachait l'homme à la glèbe. Elles ont établi, de l'Orient à l'Occident, un vaste courant d'idées et de connaissances, de commerce et d'industrie ; elles ont mis les peuples en relation plus intime de foi religieuse, de dévouement chrétien, et constitué, sous l'étendard de la foi, l'unité européenne. »

Influence de la royauté. — Hugues Capet, roi par élection, avait dû ménager à la fois les grands et l'Église.

Sacré deux fois, dans sa personne et dans celle de son fils, il avait fait au clergé de grandes libéralités, et avait rendu le droit d'élection aux églises et aux monastères.

Aux grands qui, par leurs suffrages, l'avaient fait roi, il ne disputa pas les attributs de la souveraineté et les droits régaliens qui s'étaient incorporés aux grands fiefs ; mais il sut, par son énergie, faire reconnaître sa suprématie par ceux des grands qui avaient voulu se rendre indépendants.

Cependant, ce résultat fut perdu sous le règne de ses successeurs immédiats, pour qui le titre de roi ne fut qu'une dignité sans pouvoir unie à la qualité féodale de duc de France et de comte de Paris.

Avec Louis le Gros, dans les premières années du XII^e^ siècle, la royauté retrouva, dans son alliance avec le sacerdoce, une force nouvelle, qui ne fera que croître sous Philippe-Auguste et saint Louis. Le prince n'est plus seulement le représentant de la souveraineté publique, il est l'image de Dieu, son représentant, son délégué dans l'exercice du pouvoir temporel. Sous l'influence de ce principe, la royauté revêt le caractère d'un pouvoir de médiation et de protection. Elle apparaît comme un centre d'action vers lequel les opprimés peuvent porter leurs plaintes. Ainsi, furent couverts de sa protection, les vassaux tyrannisés par leurs seigneurs, les villes asservies qui commençaient à secouer le joug féodal, en se déclarant *villes de commune*, et les seigneurs eux-mêmes, qui lui faisaient hommage, pour échapper à la tyrannie des grands vassaux. Partout le roi intervenait comme arbitre, comme protecteur de l'ordre social; comme redresseur des torts.

Incapable encore de proscrire absolument l'usage des guerres privées, la royauté associait cependant ses efforts à ceux du clergé pour en restreindre le cours. A côté de la *Trêve de Dieu* vint se placer *la Quarantaine le Roi* qui interdisait les guerres privées pendant certains jours de la semaine à une certaine époque de l'année, et pendant les quarante jours à partir du défi, pour les parents absents au moment de la querelle. Toute infraction à cette défense de combattre, donnait au roi le droit de traiter en ennemis les seigneurs rebelles.

Cependant, le principe d'unité politique ne pouvait reparaître qu'insensiblement; il avait besoin, à sa renaissance, de se fortifier par des institutions en rapport avec la société féodale. Il puisa la force nécessaire pour se développer, dans trois grandes institutions.

1° Le droit de réunion des fiefs, au domaine de la couronne.

2° L'organisation et l'action générale de la Pairie de France;

3° Le développement succesaif de la justice royale.

La royauté féodale associait, dès l'origine, deux éléments qui ont longtemps coexisté, mais dont l'un a fini par absorber l'autre :

Le *pouvoir propre et direct* de chef souverain dans les provinces qui dépendaient du domaine de la couronne;

Et le *pouvoir indirect* de chef suzerain d'états confédérés (*souverain fieffeux*) dans les provinces possédées par les grands vassaux.

Le pouvoir *propre* du roi s'est longtemps exercé dans les seules limites du domaine royal; mais il s'est successivement étendu par la réunion ou la conquête des autres provinces.

L'union de la souveraineté à la *propriété* était une loi caractéristique de la féodalité. Mais cette union n'était absolue que dans la personne royale; les hauts seigneurs ayant toujours au-dessus d'eux, la *suzeraineté* du roi. Le roi devenait donc successivement souverain réel dans chaque province, à mesure qu'elle était réunie au domaine de la couronne.

A côté du principe de division qui avait produit la féodalité, s'éleva ainsi le principe de réunion en faveur du domaine, qui devait la détruire.

Ces diverses acquisitions du domaine, par succession, dévolutions, donations, retour, concessions, apanages, traités, capitulations ou conquêtes, ont fini par recomposer et constituer définitivement l'unité territoriale du royaume.

M. Laferrière détermine les effets juridiques de ces réunions au domaine ; les différences des éléments qui constituaient le domaine, le mode de son administration et sa consistance depuis Hugues Capet jusqu'à saint Louis ; puis il passe à l'organisation de le Pairie.

La dénomination de *Pairs* se trouve dans les lois, bien avant l'existence de la pairie comme institution judiciaire.

Dans les premiers siècles de la monarchie, les mots «*Pairs et pairie*» indiquent le rapport d'égalité existant entre les personnes de chaque classe ou association [1], et la participation des individus au jugement des membres de leur classe. C'est un reste du caractère personnel des lois germaniques, d'après lesquelles chaque individu était jugé par des hommes de sa race, le Franc par des Francs, le Romain par des Romains.

Sous la deuxième race, on appelait *Pairs* ceux qui dans un même canton ou territoire, possédaient des domaines provenant du fisc, qui leur avaient été concédés à titre de bénéfice ; c'étaient des *Pairs de bénéfice*. Ils étaient Pairs entre eux, sous l'autorité du roi, de qui émanaient les bénéfices ; ou sous l'autorité du seigneur qui leur avait concédé une portion de son bénéfice. Jusque-là la pairie était purement *personnelle*.

Lorsque les bénéfices viagers et personnels devinrent héréditaires et réels, c'est-à-dire *des fiefs*, et que cette mutation eut été sanctionnée par le Capitulaire de Kiersy, les pairs de bénéfice devinrent des *pairs de fief*, et la pairie fut désormais *réelle*.

Alors la qualification de Pairs appartenait aux vassaux d'un même seigneur, ayant parité de mouvance. Les Pairs étaient les vassaux qui relevaient immédiatement d'un grand fief, et comme tels, ils avaient le droit de juger leurs pareils.

---

[1] Dans les formules de Marculfe, les *associés*, c'est-à-dire les habitants d'un village, sont appelés *Pairs*, comme plus tard on trouve dans les villes les *pairs-bourgeois*.

Chaque seigneur d'un fief dominant avait sa cour féodale composée de ses vassaux. On y accomplissait les devoirs de justice et de conseil dans l'intérêt réciproque des vassaux et du seigneur. Nul ne pouvait être régulièrement privé de sa terre, pour cause de félonie ou de manquement aux devoirs de fief, que par le jugement de ses Pairs, et si ce seigneur faisait injure à son vassal, la cour féodale en était seule juge.

Le roi eut des vassaux à deux titres différents : les uns comme *Pairs de fief*, les autres comme *Pairs de France*.

Les premiers, vassaux ordinaires, tenant leur fief du domaine particulier du prince avant son avénement, relevaient du roi considéré en la simple qualité de seigneur féodal.

Les seconds, hauts seigneurs, ducs ou comtes, possesseurs de vastes territoires, avec les droits régaliens, relevaient immédiatement de la couronne. Ils étaient Pairs entre eux et l'eussent été du roi lui-même, s'ils n'avaient reconnu 1° la mouvance de la couronne, dont relevaient leurs fiefs ; 2o le service de guerre pour la défense du roi et du royaume ; et 3° le *droit de cour* pour le conseil ou jugement. — Les grands fiefs, qui, à la fin du xe siècle, jouissaient de ce privilége, étaient au nombre de sept : Les duchés de France, de Bourgogne, de Normandie et d'Aquitaine ; et les comtés de Flandre, de Vermandois et de Toulouse. L'avénement de Hugues Capet, duc de France, les réduisit à six.

Quand ce prince monta sur le trône, il y eut, dès lors, dit M. Laferrière, deux classes de Pairs, et IL PUT y avoir *deux cours féodales* auprès de la royauté nouvelle :

1° Les *Pairs de fief*, qui formaient la cour féodale du roi, considéré comme seigneur du duché de France ;

2o Les *Pairs du royaume*, au nombre de six, relevant directement de la couronne, et formant une cour des Pairs dans le sens le plus élevé.

M. Laferrière s'exprime avec raison, d'une manière dubitative, quant à l'existence de cette dernière cour, à cette époque. Mably [1], avait énoncé le même doute ; Henrion de Pansey, au contraire, affirmait que cette cour existait [2] ; mais MM. Beugnot [3] et Pardessus[1] ont démontré qu'elle *ne pouvait* pas exister, et que d'ailleurs, ni sous Hugues Capet, ni sous le règne de ses successeurs, pendant les XIe et XIIe siècles, rien n'indique, dans les actes publics, dans les chartes particulières ou dans les historiens, l'existence de ces deux cours distinctes. M. Laferrière lui-même atteste que la qualification de *Pairs du royaume* ou de *Pairs de France*, se trouve pour la première fois exprimée formellement dans le texte authentique de deux sentences rendues par la Cour des Pairs, en 1216 et 1224.

---

[1] *Observat. sur l'Histoire de France*, liv. III, ch. IV.

[2] *Des Pairs de France*, chap. II.

Olim, t. I, p. XXVI de la préface.

L'organisation régulière de la pairie de France date de Philippe-Auguste. Ce prince fut sacré, conformément à un usage déjà ancien, du vivant même de son père, en 1179. Les pairs, au nombre de *douze* (chiffre consacré par la tradition), assistèrent solennellement au sacre. C'étaient d'une part, les six grands feudataires nommés ci-dessus; d'autre part, l'archevêque de Reims, à qui appartenait la prérogative de sacrer les rois, et les cinq pairs ecclésiastiques ses suffragants.

M. Laferrière dit que la *juridiction* de la Cour des pairs *date de la même époque;* qu'on peut voir un acte de cette juridiction dans la sentence rendue, en 1202, à l'égard de Jean, roi d'Angleterre, vassal de la couronne de France, comme duc de Normandie. C'est aussi le sentiment de Beugnot[2]; mais le savant Pardessus[3] a émis sur ce point, des doutes très-sérieux.

Dans certaines circonstances et par la force des choses, *la Cour des pairs de France* se confondait avec la *Cour féodale du roi.* Les douze pairs du royaume se trouvaient rarement au complet; la Cour féodale, au contraire, composée de barons relevant directement du roi comme seigneur du duché de France, pouvait être facilement rassemblée. Or, il fut admis, dans la pratique judiciaire, que pour le jugement des causes des pairs de France, il suffisait de la présence de quelques-uns d'entre eux; que la Cour des pairs pouvait être réunie à la Cour féodale et que les deux Cours ainsi associées siégeraient et jugeraient ensemble dans *la Cour du roi.*

Justices royales et seigneuriales. — Les tribunaux ont été l'instrument le plus efficace de la reconstitution du pouvoir royal.

---

[1] *Essai sur l'organis. judiciaire*, part. I, tit. I, chap. I (p. 45 de l'édition in-8o).

[2] *Olim*, loc. cit.

[3] *Essai sur l'organis. judic.*, p. 57 à 68.

La justice royale s'est concentrée à la longue dans les Parlements ; mais avant d'arriver à ce résultat, elle a dû lutter pendant des siècles, avec les *justices seigneuriales* qui se partageaient la plus grande partie du territoire.

Les *justices seigneuriales* se sont substituées aux juridictions des Comtes et des Centeniers, à mesure que la féodalité s'organisait partout. Comment cette révolution judiciaire s'est-elle opérée ? Quelle est l'origine, quelle est la cause de l'établissement des juridictions seigneuriales ? C'est un problème historique qui a longtemps partagé les publicistes ; nous devons nous y arrêter un instant.

Trois systèmes principaux ont été mis en avant.

Le célèbre Dumoulin, plus grand jurisconsulte qu'historien, avait vu le germe des justices seigneuriales dans le chapitre II de la novelle 80 de Justinien [1] ; c'était aussi le sentiment de Baldus. Cette opinion a été combattue victorieusement, dès le XVIe siècle, par Loyseau [2] ; il n'y a plus lieu de s'y arrêter.

Cependant, de nos jours, un savant et regrettable jurisconsulte historien, Championnière, a reproduit, *mais sur d'autres bases*, cette origine romaine des justices seigneuriales [3]. On peut voir dans le deuxième chapitre de M. Laferrière, l'analyse de ce nouveau système, aussi inadmissible que celui de Dumoulin.

Pour d'autres, l'établissement des justices seigneuriales n'a été que *l'usurpation* d'un pouvoir qui, jusque-là, était délégué par la royauté. Ainsi : Loyseau [4], Chantereau - Lefebvre [5], Dubos [6] et d'autres encore. Ce système a été longtemps admis sans contestation ; et pourtant il était en contradiction avec les faits. Il résulte clairement, en effet, des lois des deux premières races, qu'en général les rois *concédaient* le droit de juridiction privée avec les bénéfices dont ils gratifiaient leurs fidèles, ou avec les biens-fonds, dont ils enrichissaient les établissements ecclésiastiques. D'ailleurs, cette doctrine d'une royauté dans laquelle étaient personnifiés les pouvoirs et de qui découlait toute autorité, universellement reconnue au temps de Loyseau, n'était ni admise, ni possible lors de l'établissement de la troisième race. C'était une tradition romaine que les deux premières dynasties avaient essayé de faire valoir, et cette tentative avait causé leur chute.

---

[1] Voici le passage qui a induit en erreur Dumoulin : « Si vero agricolæ aliqui *sub dominis constituti sint*, et ut ea peterent, ad regiam hanc urbem venerint, efficiant *ut domini celeriter negotia* propter quæ venerunt, *expediant*, eosque, *quum jus suum consecuti fuerint, statim dimittant.* »

[2] *Traité des Seigneuries*, chap. x.

[3] *De la propriété des eaux courantes et des concessions féodales*, etc., p. 161 sqq.

[4] *Loc. cit.*

[5] *Traité des fiefs*, p. 63.

[6] *Établissement de la monarchie*, etc., III, p. 299.

Cependant, il serait peut-être inexact de dire que tout est faux, dans le système de Loyseau. Il a pu y avoir usurpation sur l'autorité royale, en ce sens que les justices seigneuriales se sont attribué *le droit de ressort*, c'est-à-dire ce qui représentait la juridiction des anciens *mals* sur les hommes qui n'étaient ni vassaux ni censitaires. Mais si on fait attention d'un autre côté, que ces *mals* n'existaient plus à l'époque où Hugues Capet parvint à la couronne, on reconnaîtra peut-être que les seigneurs n'ont pu usurper sur la royauté un droit que celle-ci ne possédait plus. Tel est le sentiment de Pardessus [1], que M. Laferrière semble ne pas admettre [2].

Pour d'autres enfin, et c'est le troisième système, l'origine des justices seigneuriales se trouve dans la nature même du régime féodal. *La justice est une dépendance du fief;* le fief comprenait *la terre et la justice.*

Cette opinion émise d'abord par Montesquieu [3], a prévalu définitivement; elle est adoptée de nos jours par tous les hommes éminents qui ont écrit sur les origines du droit français : MM. Beugnot [4], Pardessus [5], Lehuërou [6], F. Hélie [7], Laferrière [8], etc.

Et, en effet, si haut qu'on remonte dans l'histoire des fiefs, on rencontre l'existence des justices seigneuriales. Lorsque les bénéfices passent de l'état viager à l'état héréditaire, c'est-à-dire lorsqu'ils deviennent des fiefs; quand la pairie de *personnelle* devient *réelle*, les vassaux et les pairs prennent la place des *hommes*

---

[1] *Loc. cit.*, p. 302 sqq.

[2] *Hist. du Dr. franç.*, p. 105.

[3] Liv. XXX, chap. xx.

[4] *Assises de Jérusalem, Cour des Barons*, p. 303, note.

[5] *Essai sur l'org. jud.*, p. 299 sqq.

[6] *Institut. méroving. et carloving.*, t. II, p. 255.

[7] *Histoire de la procéd. criminelle*, chap. vii, § 59.

[8] *Hist. du Dr. franç.*, p. 92 sqq.

libres, Rachimbourgi ou *Scabini*, dans les cours des ducs et des comtes. Et cette révolution judiciaire s'accomplit aussi dans les subdivisions territoriales, dans les centaines et les vicairies. La justice seigneuriale était si bien une dépendance du fief que les auteurs l'appellent la justice *naturelle*.

Au déclin de la deuxième race, il y avait deux degrés dans les possessions nobles et les cours de justice : les duchés et les comtés formaient les possessions et les cours du degré le plus élevé, les centaines et les vicairies, celles du deuxième degré. Cette division hiérarchique se maintint lorsque la juridiction devint seigneuriale; elle forma la *haute* et la *basse* justice. Quant à la division tripartite en *haute*, *moyenne* et *basse* justice, elle n'a existé, ce semble, qu'à partir du XIVe siècle.

La justice est une dépendance du fief. C'était là une maxime certaine dans l'ancien droit féodal. Cependant, nous trouvons dans les auteurs du droit coutumier, une autre maxime qui semble être en opposition directe avec la première. *Fief et justice*, dit-on, *n'ont rien de commun*. Quel est le sens de cette dernière maxime?

Dans le principe, toute possession de fief comprenait le droit de justice; mais plus tard les deux choses pouvaient être séparées par plusieurs causes. Le seigneur féodal avait *le droit de Cour* sur ses vassaux. Ce droit comprenait le droit de convoquer la Cour féodale, de la présider, de prononcer le jugement et de le faire mettre à exécution. Mais il ne comprenait pas le *droit de juger*, car *juger est le fait de plusieurs*, disait la maxime féodale. Ce dernier droit appartenait aux vassaux ou aux pairs, pour qui il constituait le *devoir* ou le *service de Cour*. Quand le seigneur ne parvenait pas à réunir un nombre suffisant de pairs ou de vassaux pour former la cour, il y avait *défaute de droit* qui pouvait faire perdre le droit de justice, faute de l'exercer ou d'accomplir les devoirs de cour. D'autres causes encore pouvaient séparer le droit de justice des fiefs : les concessions réservaient quelquefois le droit de justice au seigneur dominant; les partages de succession attribuaient très-souvent le droit de juridiction à l'aîné, bien que les émoluments fussent partagés entre les cohéritiers; enfin, la coutume de Paris donnait la faculté de vendre particulièrement le droit de justice, sans vendre la terre elle-même. Ainsi, un grand nombre de fiefs restèrent à la longue sans droit de justice, ou au moins sans exercice réel de ce droit.

Le droit coutumier, se conformant aux faits, traduisit cet état des choses en la maxime : *Fief et justice n'ont rien de commun.*

Il ne faut pas confondre avec les justices seigneuriales, les justices *privées* attachées à certains alleux qui avaient la qualité de *terre noble*. Toute terre, pour posséder le droit de justice, devait avoir cette qualité ; mais l'idée de noblesse terrienne était plus large que celle de fief ; un alleu pouvait être un lieu noble et avoir comme tel, la juridiction patrimoniale. Cette justice attachée à la qualité de *propriétaire* est bien antérieure à l'établissement des justices seigneuriales ; on la trouve dans les traditions celtiques ; sous la période romaine, elle se continue par le *patrocinium* des nobles gallo-romains, et plus tard, on la retrouve encore dans les justices patrimoniales attachées aux alleux. Les feudistes des XVII^e^ et XVIII^e^ siècles, qui ne remontaient pas si haut dans la recherche des origines du droit, avaient prétendu que ces justices relevaient du roi ; c'était pour eux la seule explication possible de ce phénomène du droit de justice attaché à un alleu. Montesquieu attribue une origine *germanique* à ces justices, mais cette opinion n'est basée sur aucune autorité, ainsi que le prouvent Pardessus et après lui, M. Laferrière [1].

Les justices patrimoniales incorporées soit aux fiefs, soit aux alleux nobles, jouissaient en fait, de l'indépendance, à l'époque culminante de l'aristocratie féodale. La royauté travailla activement à détruire cette indépendance et à ressaisir le droit de dernier ressort qui lui avait appartenu sous les deux premières races ; ce qui nous conduit à examiner l'action de la justice royale.

Sous Pépin, Charlemagne et leurs successeurs immédiats, la justice royale était administrée, soit en premier, soit en dernier ressort, par la Cour du roi et les *Missi dominici*.

Au déclin de la deuxième race, la Cour du roi n'existait plus que de nom, comme la royauté elle-même. L'institution des *Missi* disparut vers la fin du IX^e^ siècle ; dès lors les ducs et comtes, les vassaux, les propriétaires d'alleux, en possession d'administrer la justice, n'eurent plus à subir la surveillance ou la juridiction supérieure des envoyés royaux. Dans bien des cas, d'ailleurs, l'appel n'était plus possible en présence du mode de procéder qui avait prévalu au X^e^ siècle, *le duel judiciaire*.

---

[1] *Loi salique*, 9^e^ dissert., p 587; *Hist. du Dr. franç.*, II, p. 223.

« Et ainsi, dit M. Laferrière, les justices seigneuriales devinrent le plus souvent des justices sans appel ; les seigneurs *usurpèrent* la justice en dernier ressort. » Nous avons déjà dit, plus haut, quel est le sentiment de Pardessus, quant à cette prétendue *usurpation*.

Après l'avénement de la troisième race, la Cour du roi reparut lentement, insensiblement, et avec une autorité d'abord assez incertaine, mais dont M. Laferrière justifie l'existence par des textes dont l'un est contemporain de Robert, fils de Hugues Capet. Mais si cette autorité a été *bien reconnue* du temps de Hugues Capet lui-même, ainsi que le dit M. Laferrière, ce ne pourrait être du moins comme juridiction du second degré ou d'appel. Et sous ce rapport il ne faudrait pas attacher trop d'importance au symbole de la main de justice, que M. Laferrière dit avoir été unie au sceptre par le chef de la troisième race.

Sous Louis le Gros, un ministre éminent, l'abbé Suger tenta de rétablir l'institution des *Missi* sous une forme nouvelle. Des commissaires appelés *juges des exempts*, furent envoyés dans les seigneuries pour recevoir les plaintes des sujets contre leur seigneur ou ses officiers, statuer sur ces plaintes ou *les renvoyer à la Cour du roi*. C'était un premier pas pour le rétablissement du droit de ressort au profit de la justice royale. Les seigneurs résistèrent, le roi lutta pendant tout le cours de son règne, mais il l'emporta. Sous son successeur, Louis VII, des documents certains attestent l'existence d'une Cour suprême du roi.

A partir de Philippe-Auguste, la justice royale prend le caractère d'une institution permanente.

La justice était administrée, dans les terres du domaine de la couronne, par les *Prévôts*, qui appelaient auprès d'eux des assesseurs ou *jugeurs et gens suffisants*. Ces Prévôts étaient soumis au *Comte du Palais* ou *Sénéchal* qui lui-même était obligé de tenir, tous les ans, des assises supérieures dans chaque Prévôté.

En 1190, au moment de partir pour la croisade, Philippe-Auguste institua les *baillis royaux*, qui remplacèrent le Sénéchal, tant pour la surveillance que pour le dernier ressort à exercer sur la justice des Prévôts. Le roi prescrivit en outre « que la reine régente, assistée de l'oncle du roi et de l'arche- « vêque de Reims, tiendrait jour à Paris, tous les quatre mois, « pour entendre les plaintes des hommes du royaume et sta-

« tuer pour l'honneur de Dieu et l'intérêt de l'État. » Les baillis devaient, à cette assise *trimestrielle*, rendre compte des affaires de la terre du roi.

Telle était la justice royale dans les provinces *en l'obéissance le Roi* (*Province du domaine*).

Dans les provinces *hors du domaine le Roi*, la justice royale pénétra et s'établit au moyen des *cas royaux*, des *aveux de bourgeoisie* et de *l'appel*.

On appelait *cas royaux*, les causes qui intéressaient le roi, dans les terres des seigneurs, *forefacta quæ proprie nostra sunt*, dit l'ordonnance de 1190. Les causes devaient être jugées devant les assises du bailli. On comprit de bonne heure, que le roi ne pouvait demander justice à ses sujets, ou plaider devant les cours des seigneurs.

Les *aveux de bourgeoisie* attribuaient également droit de juridiction aux baillis. En s'avouant *bourgeois du Roi*, les habitants des terres seigneuriales échappaient à la justice des seigneurs. Cet usage si préjudiciable aux justices seigneuriales, fut soumis à certaines conditions sous Philippe-le-Bel, mais alors, la justice royale avait acquis assez de force pour pouvoir se passer de ce secours.

Enfin, *l'appel devant la juridiction royale*, des jugements rendus par les justices seigneuriales était ouvert dans deux cas: pour *défaute de droit* et pour *faux jugement*.

J'ai parlé plus haut de l'appel de *défaute de droit*. Quant à l'appel pour *faux jugement*, il avait lieu pour violation de la loi des fiefs et pour corruption des juges.

Fausser le jugement, c'était dans le principe, appeler les juges au combat comme coupables de prévarication; ce fut plus tard, déférer le jugement à la cour du souverain ou du roi. Cet appel offrait d'ailleurs aux vassaux, un heureux moyen de s'affranchir des nombreux degrés de juridiction admis dans les justices seigneuriales ; en appelant directement au roi, le vassal franchissait tous les degrés intermédiaires.

Au moyen de cet appel, la royauté parvint insensiblement à rétablir son *droit de ressort* dans la plus grande partie du territoire.

L'appel était porté à la cour du roi ou des plaids royaux. Au milieu du XIII^e^ siècle, cette cour prit le nom de *Parlement*. A cette époque aussi, il ne faut plus chercher l'existence isolée du plaid royal, de la cour des Pairs et de la cour féodale des barons; ces trois institutions sont confondues dans la *cour du Parlement* qui était à la fois une cour de justice, un conseil législatif et un conseil de haute administration.

Institutions municipales.—La révolution communale n'a pas de date certaine; elle se manifeste pour la première fois, dans des actes publics, vers le milieu du xᵉ siècle, mais c'était sans doute, dans plusieurs localités, un *fait* accompli depuis longtemps, et qui fut simplement sanctionné plus tard. Il est d'ailleurs démontré aujourd'hui, grâce surtout aux travaux de M. Raynouard [1], que les institutions municipales ont, en beaucoup de lieux, survécu aux désordres de la féodalité. Pour ces localités, l'institution des communes fut, à vrai dire, une simple reconnaissance ou régularisation de ce qui existait au moins en partie; pour d'autres, elle fut une véritable conquête, sur les seigneurs, d'institutions analogues.

Je ne puis suivre M. Laferrière, dans ses recherches sur la topographie communale, sur les causes diverses qui ont présidé à l'établissement des communes et sur leur organisation intérieure; je dois me borner à rappeler les résultats généraux de ces recherches.

Les communes de France ont été établies ou par des *traités*, après insurrection : ce sont les chartes *des communes jurées;* ou par des chartes de *concession* et d'*affranchissement*, émanées soit des seigneurs, soit des Pairs; ou sans chartes, dans les villes de *consulat*, par la transformation du régime municipal et ecclésiastique des anciens Gallo-Romains.

Cette différence d'origine a amené une différence de forme dans l'organisation, qui constitue la distinction générale entre les communes du Nord et celles du Midi.

Au Nord se trouvent les communes jurées. Là le principe démocratique domine et il est représenté par une *assemblée unique.*

Au Midi les institutions gallo-romaines se sont maintenues. Là domine le principe d'association de la bourgeoisie et de la noblesse, la commune est représentée par *deux assemblées.*

Nées au milieu de la société féodale, les communes ont dû se modeler en quelque sorte sur cette forme de gouvernement. La féodalité avait réuni, dans chacune de ses autres parties, tous les attributs de la souveraineté ; il en fut de même des communes, au moins dans l'origine.

---

[1] *Histoire du droit municipal*, II, p. 177 sqq.

La commune organisée comprenait, indépendamment du droit d'élire ses magistrats, sept droits différents qui se formulaient ainsi : l'échevinage ; le conseil ; le pouvoir du maire ; le sceau ; le trésor ou droit d'impôt ; le beffroi ou droit d'appeler la milice nationale ; la juridiction. C'étaient en réalité, les attributs des trois pouvoirs : exécutif, législatif et judiciaire.

Le pouvoir exécutif avait en général, pour représentant, un chef unique appelé : *maire*, *consul*, *préteur*, ou *prévôt des marchands*.

Son action était subordonnée généralement au consentement d'*un* ou de *deux conseils*, dont les membres considérés comme officiers municipaux, s'appelaient *jurés*, *pairs*, *échevins*, *jurats*, *conseillers*, *consuls*, *capitouls*. Ces conseils possédaient les attributs de la souveraineté locale, et notamment, le droit d'impôt, et le droit de législation municipale pour arrêter les statuts locaux.

Les communes exerçaient en même temps la justice civile, criminelle et de police. Mais leur juridiction était limitée d'un côté, par la juridiction féodale, à laquelle devaient être portées toutes les causes relatives aux fiefs ; et de l'autre, par la justice royale qui connaissait des crimes les plus graves. Ce droit de juridiction municipale se maintint longtemps encore après la disparition ou la restriction des autres attributs de la souveraineté communale ; il ne fut aboli définitivement qu'en 1566.

A côté de ces communes libres, se trouvaient, principalement au centre de la France, des cités qualifiées : *villes de bourgeoisie* qui dépendaient originairement du domaine royal. Elles avaient été émancipées par des chartes royales, mais sans organisation politique, ni juridiction qui leur fût propre. Elles étaient administrées, au nom du roi, par le *prévôt ;* c'étaient les *villes prévotales*.

La révolution communale ne s'est accomplie qu'au profit des villes. Quant aux *communautés rurales*, elles ne se sont établies comme institution générale, que longtemps après, et alors elles n'ont pris aucun des caractères constitutifs des communes urbaines.

Il nous reste à voir quelle a été l'action de la royauté dans ses rapports avec les communes.

Les communes dispersées sur tous les points de la France, sans relations entre elles et ne pouvant, dans leur isolement, se suffire à elles-mêmes, sentirent de bonne heure, la nécessité de s'unir à une autre puissance qui pût centraliser leurs forces. Par une fortune unique pour la *nationalité* française, elles n'ont pas formé, comme en Italie, de puissantes républiques ; elles n'ont pas, comme en Angleterre, été les alliées de l'aristocratie ; elles se sont unies à la royauté. Cette union a fait la grandeur et l'unité de la France, mais elle a produit aussi l'exagération du principe de centralisation, l'habitude de rapporter tout au pouvoir central, la perte des libertés locales et le despotisme de Louis XIV.

Pour tirer tout le parti possible de son alliance avec les communes, la royauté se posa comme un pouvoir revêtu du droit de protection, de surveillance et de réformation des communes. « En cherchant à se rendre compte de la conduite des rois envers « les communes et des résultats de cette conduite soutenue pen« dant des siècles, on se convainc, dit M. Laferrière, que la cou« ronne s'est proposé de ramener la constitution primitive et « l'indépendance des villes de commune à l'unité politique du « royaume, et de soumettre les villes à la suprématie adminis« trative et judiciaire de l'État, sans leur imposer un système « uniforme pour la gestion de leurs intérêts, et en respectant, « au contraire, les diversités de régime local » (p. 145).

L'action de la royauté sur les communes, a été, ou *législative*, ou *politique*, ou *administrative*.

L'action *législative* s'exerçait : dans les *villes de commune*, par la sanction que donnait le roi, comme médiateur et protecteur, aux chartes ou traités rédigés après l'insurrection ; dans les *villes de bourgeoisie*, par des chartes d'affranchissement que le roi accordait directement.

Les chartes de la première classe, formaient des lois d'ordre public, qui établissaient expressémentdes garanties en faveur de la liberté et de la justice par *jurés*. Elles renfermaient principalement des dispositions de droit pénal et de police municipale. Comme lois de droit civil ou privé, elles n'avaient que des dispositions particulières, ordinairement relatives à la liberté des mariages et aux conséquences de l'union conjugale par rapport aux biens des époux. M. Laferrière analyse, comme modèle des chartes de cette espèce, la charte de Laon, de 1128.

Les chartes de la deuxième classe, octroyées aux villes de bourgeoisie et aux territoires dépendants du domaine de la couronne, garantissaient généralement, en faveur des personnes, les droits de liberté et de propriété. Elles établissaient des exemptions de charges, ou certains usages et priviléges relatifs aux choses; elles posaient des règles sur les tailles, les corvées, les redevances; mais elles ne conféraient point aux villes les droits de libre administration et de justice.—Souvent aussi ces chartes n'étaient que de simples affranchissements de la *servitude de corps*. — M. Laferrière analyse, comme exemple d'une charte de cette catégorie, la charte de Lorris en Gatinais, confirmée en 1155.

L'autorité législative du roi, sur les communes, s'exerçait encore par les règlements donnés aux corporations *d'arts et de métiers*, qui formaient la partie la plus active des populations urbaines. Ces populations ont de tout temps attiré l'attention du pouvoir royal. On possède un décret de 630 émané de Dagobert II, et plusieurs capitulaires émanés des Carlovingiens. Sous la troisième race, Philippe-Auguste paraît être le premier qui se soit occupé de ces sortes de règlements, et Louis IX donna en 1258, aux métiers de la capitale, une charte d'organisation sous le titre de *Registre des métiers et marchandises*.

En dehors des chartes et des règlements, *l'action politique* du gouvernement fut habilement dirigée pour enlever aux communes leur *indépendance*. Dès Louis VII, il fut établi que toutes les *nouvelles villes* relèveraient de la couronne; c'étaient principalement des villes neuves, ouvertes sur divers points du territoire, comme asile aux serfs fugitifs et aux hommes qui s'avouaient *bourgeois du roi*, en abandonnant les terres des seigneurs.

Ensuite, Louis IX posa le principe qu'au roi seul appartenait le droit de faire et de déclarer des communes. C'était dire que la royauté était la source des libertés municipales.

Enfin, à partir du règne du même prince, les ordonnances attribuèrent le titre de *Bonnes villes* aux communes antérieures qui se placeraient sous le patronage direct du roi.

C'est à saint Louis aussi que remonte le premier acte de centralisation *administrative* à l'égard des communes; il obligea les magistrats municipaux des *bonnes villes* à soumettre leur comptabilité au contrôle de la chambre des comptes.

Après avoir déterminé ainsi l'action respective de l'Église, de la royauté et de l'établissement des communes sur la société féodale, M. Laferrière apprécie une dernière influence, celle du réveil des études *en général*.

Il nous est impossible de le suivre sur ce nouveau terrain. Il y a là un chapitre de plus de cent pages, consacré exclusivement à l'histoire des écoles, et cette histoire remonte jusqu'à la période romaine. Nous ne voulons pas le moins du monde révoquer en doute l'intérêt *général* que présente ce chapitre, et encore moins le talent qui a présidé à la mise en œuvre des matériaux. Mais, malgré le soin avec lequel M. Laferrière a cherché à justifier cette partie de son plan, nous admettons difficilement l'opportunité d'un travail *de cette dimension* dans une histoire *du Droit*. Evidemment M. Laferrière s'est laissé entraîner par son sujet, et nous le comprenons sans peine, car ce chapitre renferme des détails qui devaient vivement intéresser un esprit scientifique comme le sien.

Nous tiendrons un tout autre langage sur le chapitre suivant, consacré à la *renaissance du Droit romain* et à *l'enseignement du Droit*. — Ici, tout est utile, intéressant et bien à propos.

La persistance du Droit romain, au moyen âge, chez plusieurs nations de l'Occident, et notamment en Italie et en France, est un fait historique désormais incontestable. En ce qui concerne la France spécialement, le Code Théodosien et les recueils auxquels ce Code a servi de base, n'ont pas cessé d'y être connus et suivis.

Mais à quelle époque remontent la connaissance et l'usage du *Droit de Justinien* en France? M. Laferrière examine cette question avec tout le soin qu'elle mérite, et il arrive à des conclusions qui s'écartent de celles de ses prédécesseurs.

On sait que M. de Savigny, sans assigner une date précise à l'introduction du droit de Justinien en France, admet cependant que l'influence de ce droit a été certaine de très-bonne heure, et il cite, à l'appui de cette opinion, des textes publiés en France qui remontent jusqu'au VII^e^ siècle.

M. Laferrière, au contraire, pense que du VI^e^ à la fin du XI^e^ siècle, l'influence du *Droit de Justinien* en France, est pour le moins *problématique*, que pendant cette époque, le seul droit romain suivi en ce pays, était le Code Théodosien et le *Breviarium* d'Alaric; que cependant, au IX^e^ siècle, les Novelles de Justinien contenues dans l'*Abrégé* du patrice Julien (1), étaient connues et employées dans les écrits et documents ; qu'à l'égard du droit des Pandectes, du Code et des Institutes, il n'a commencé à être connu et pratiqué en France que vers la fin du xi^e siècle ou dans les premières années du xii^e. Pour justifier ces conclusions, M. Laferrière recherche successivement quelle partie du droit de Justinien était connue et suivie, en France, avant la fin du xi^e siècle ; quels sont les premiers monuments, d'origine française, qui ont employé les diverses collections justiniennes ; et, enfin, quel est l'auteur présumé de leur introduction en France pendant le moyen âge.

Tout cela forme la matière de la première section du chapitre V. Si nous ne craignions de dépasser les bornes d'un simple compte rendu, nous suivrions volontiers l'auteur dans ses savantes et consciencieuses recherches. Le lecteur n'adoptera peut-être pas toutes les conclusions de M. Laferrière, mais au moins le doute naîtra dans son esprit, et il se dira : Le problème n'est pas *définitivement* résolu.

Les trois dernières sections de ce même chapitre ne présentent pas moins d'intérêt, mais la matière se prête difficilement à l'analyse. L'auteur apprécie d'abord les diverses opinions émises sur la découverte des Pandectes lors de la prise d'Amalfi par Lothaire II ; puis il parle de l'université de Bologne et de la propagation du Droit romain en France et en Europe par cette célèbre école. Et, à propos de l'enseignement de ce droit dans l'Université de Paris, il ne manque pas d'examiner de nouveau la portée de la célèbre Décrétale d'Honorius III, qui prohibait l'enseignement du droit romain. Sur ce point il arrive, du reste, à la même conclusion que M. de Savigny.

La section III est entièrement consacrée à l'histoire des universités provinciales d'Orléans, de Toulouse et de Montpellier.

Enfin, dans la section IV, l'auteur parle des divers recueils qui ont servi à former le *Corpus juris canonici*, et de l'enseignement du Droit canon qui a exercé une si grande influence sur le Droit du moyen âge. Nous avons remarqué là le paragraphe sur Guillaume Durandus ou Duranti, et son *Speculum juris*, qui est à coup sûr un des monuments les plus intéressants pour l'histoire du Droit de cette époque.

---

[1] *Epitome Novellarum Juliani antecessoris*, publié à Constantinople en 570, cinq ans après la mort de Justinien.

Ici se termine le livre intitulé *Droit public*. Le reste du volume est consacré au *Droit privé;* nous pourrons revenir une autre fois sur cette partie.

M. Laferrière poursuit son grand et remarquable travail sans se laisser décourager par des circonstances peu favorables aux travaux littéraires. Puisse-t-il continuer ainsi, et nous donner bientôt un nouveau volume ! Il peut être persuadé qu'à l'étranger comme en France, les juristes attendent avec impatience la suite de son ouvrage. Grâce à lui, malgré la sécheresse apparente du sujet, l'histoire du droit français intéresse désormais bien des esprits qui n'y avaient jamais pensé.

G. NYPELS.

ENREGISTREMENT. — PRINCIPES GÉNÉRAUX

PRINCIPES SUR LE DROIT D'ENREGISTREMENT [1].

Par M. Gabriel DEMANTE, professeur suppléant à la faculté de Toulouse.

Jusqu'à présent les principes de l'Enregistrement n'ont pas fait, dans les facultés de droit, l'objet d'un enseignement spécial. Il s'en faut bien, sans doute, que cette branche considérable de notre législation ait été complétement absente de nos Écoles : les professeurs de droit civil et les professeurs de droit administratif ne manquent pas d'en exposer les principes généraux, et y consacrent même parfois une partie notable de leur enseignement [2]. Il a cependant paru convenable d'aller plus loin, en présentant ces principes dans leur ensemble et avec un développement plus grand que ne le comportent les limites de deux cours, déjà surchargés de matières importantes.

---

[1] L'article ci-dessus est la première leçon d'un cours complémentaire sur le droit d'enregistrement, fait par M. Demante à la faculté de Toulouse.

[2] Voyez, dans le *Cours de Droit public et administratif* de M. Laferrière, liv. II, part. 1, tit. III, le chapitre consacré aux *Droits d'enregistrement et de mutation.* — Voyez encore, dans le *Programme du cours de droit civil français, professé à la faculté de Droit de Toulouse*, par M. Bressolles, p. 172, le chapitre intitulé : *Courtes notions sur les droits* d'enregistrement *et de* mutation, *en matière de contrats et d'obligations*, et dans la *Revue étrangère et française*, t. X (1843), p. 216, un article de M. Valette, traitant *De la jurisprudence actuelle sur les droits d'enregistrement, et des travaux de MM. Championnière et Rigaud sur la même matière.*

Je dois, Messieurs, vous faire comprendre l'utilité que peut présenter cette mesure, non pas seulement à ceux d'entre vous qui se destinent à la laborieuse carrière de l'Administration de l'enregistrement, mais encore à tout esprit curieux d'étendre et de compléter ses études juridiques. Pour cela, il nous faut, avant tout, prendre une notion élémentaire de la formalité de l'Enregistrement.

L'Enregistrement est une formalité qui consiste dans la relation d'un acte civil ou judiciaire et d'une mutation de propriété sur un registre à ce destiné par la loi. A l'accomplissement de cette formalité est attaché un impôt dont le produit monte, en moyenne, à environ deux cents millions par année.

A ce simple énoncé, vous apercevez déjà que les règles de l'enregistrement offrent un intérêt pratique tout à fait général· Si les préposés de l'Administration en doivent faire une étude assidue, cette étude n'est pas moins nécessaire aux notaires chargés de la rédaction des actes, aux magistrats des Tribunaux civils de première instance auxquels a été attribuée la juridiction en ces matières, et enfin puisque l'Enregistrement, en tant que *contribution indirecte*, frappe l'universalité des citoyens [1], l'étude de ses lois ne saurait demeurer étrangère à quiconque veut connaître l'étendue des devoirs que la Société nous impose, et savoir aussi, par toutes les voies légales, maintenir résolûment l'intégrité de ses droits.

Cependant cet intérêt pratique, si universel qu'il soit, ne suffirait pas, lui tout seul, pour justifier l'utilité de Cours, car il est certaines matières usuelles que la pratique seule peut enseigner, et dont les minutieux détails répugnent à une exposition théorique. Mais la matière de l'Enregistrement, outre son intérêt pratique incontestable, présente au jurisconsulte un intérêt vraiment scientifique. C'est ce que je vais tâcher de vous faire apparaître, en développant quelque peu la notion élémentaire que nous en avons prise.

---

[1] *Citoyens*, je prends ce mot « tout familièrement, » comme faisaient nos anciens jurisconsultes, au grand scandale de J. J. Rousseau (V. *Contrat social*, liv. I, ch. VI à la note). Depuis qu'on a cessé de l'employer *lato censu*, on n'a trouvé plus aucun mot convenable pour désigner l'individu dans ses rapports avec la Société, c'est-à-dire l'homme envisagé en tant que sujet de la loi, qu'Aristote, n'en déplaise à J. J. Rousseau, désigne par cette expression fort heureuse : ὁ ἀρχόμενος πολίτης. (Voyez la *Politique*, chap. III, § 3, p. 237 de l'édition de M. Barthélemy Saint-Hilaire.)

La formalité de l'Enregistrement a un double but :

1° L'accomplissement d'un service public dans l'intérêt des citoyens ; 2° la constitution d'un impôt dans l'intérêt de l'État.

1. Ce service public consiste à contrôler l'action des officiers, auxiliaires de la justice, principalement des notaires, des greffiers, des huissiers, à suppléer dans certains cas à la perte des actes (Voy. art. 1336, Code Napoléon), enfin à donner date certaine aux actes sous seing privé (Voy. art. 1328, Code Napoléon). Sous ce point de vue, l'étude des lois de l'Enregistrement complète les notions qui vous ont été données dans le cours de droit civil sur la théorie des preuves, dans le cours de procédure sur l'organisation judiciaire et les attributions des officiers ministériels ; elle se rattache au cours de droit administratif (que vous aurez à suivre parallèlement à celui-ci) par l'organisation des fonctionnaires chargés de ce service public.

2. Mais c'est surtout comme impôt, constitué au profit de l'État, que l'Enregistrement doit appeler notre attention, car c'est sur ce terrain qu'il soulève des difficultés véritables et qu'il nécessite une étude approfondie.

Toute loi d'impôt suppose deux éléments : 1° Le tarif des droits à percevoir ; 2° la définition de la *matière imposable*. Or, voici ce qui fait l'originalité de l'impôt de l'Enregistrement et son intérêt aux yeux de la justice : la matière imposable, les objets sur lesquels porte l'impôt, ce ne sont pas des choses corporelles, comme celles que frappe un tarif de Douanes, de ces choses que l'œil peut discerner et que la main peut appréhender. Non, ici ce sont les droits eux-mêmes, les droits envisagés métaphysiquement : le droit de propriété quant à sa transmission, le droit d'obligation quant à sa naissance et son extinction. La transmission de la propriété, la naissance et l'extinction des obligations, voilà des faits juridiques que l'œil n'aperçoit pas, que la main du corps n'appréhende pas, et qui requièrent, pour être définis et constatés, toute la sagacité du jurisconsulte.

Ce n'est pas tout encore : la transmission de la propriété, la naissance et l'extinction des obligations procèdent de causes nombreuses, de *titres* variés, titre gratuit, titre onéreux, titre de vente, d'échange, de société, etc. A chacun de ces titres divers est attaché un tarif spécial, et comme les parties, pour éluder ce tarif, dissimulent souvent le véritable nom de leur opération, le receveur de l'Enregistrement doit connaître à fond les éléments *essentiels* de chaque contrat pour démêler, sous les involutions d'un style artificieusement combiné, le véritable caractère de l'acte qui lui est soumis. D'ailleurs, indépendamment de toute fraude, ce travail d'analyse peut offrir de sérieuses difficultés : chaque contrat en effet, n'est pas tellement enserré dans son cadre particulier que, par l'addition d'une clause *accidentelle*, il ne se rapproche plus ou moins d'un contrat voisin, sans pourtant se confondre entièrement avec lui, sans prendre encore sa *nature* propre.

Le mandat, par exemple, en principe général, est gratuit; mais si une rémunération a été stipulée pour un service, l'opération perd-elle le caractère de mandat et se transforme-t-elle nécessairement en un louage? La question a de l'intérêt, même sur le terrain du droit civil, pour déterminer exactement l'étendue des obligations respectives des parties, sur les points que l'acte n'a pas expressément réglés ; mais là, en définitive, il s'agit seulement de rechercher la volonté des contractants, et, cette volonté une fois prouvée, que l'opération soit un mandat salarié, qu'elle dégénère en un louage de services, le contrat doit être exécuté dans sa teneur, et le nom ne fait rien à la chose. Sur le terrain du droit fiscal, au contraire, il est grandement intéressant de rechercher le nom légal de la convention : si le mandat reste la base de l'opération, un *droit fixe* de deux francs est exigible, quelle que soit l'importance de l'émolument stipulé; si c'est un louage de services, rentrant dans la catégorie des *marchés*, le droit est proportionnel au taux du salaire. Or, la solution de la controverse dépend d'une appréciation fort délicate de la nature des services rendus; elle touche à la distinction des professions libérales et des professions industrielles; vous voyez donc qu'une question de tarif peut soulever des questions intimes de l'ordre moral.

Entre la vente et le louage aussi, le voisinage est ancien, et, à l'heure qu'il est, le règlement des frontières n'est pas encore parfaitement déterminé. Rien de plus simple, quand chacun de ces deux contrats se présente purement avec sa nature propre : la vente opère aliénation de la chose (je parle d'après les principes du droit français), moyennant un prix une fois payé ; le louage est une concession temporaire de la jouissance, moyennant une redevance périodique. Supposez cependant qu'une concession de jouissance soit faite, moyennant une redevance périodique, mais à perpétuité ou à un terme si long qu'il dépasse notablement la durée ordinaire de la vie humaine[1]; le contrat reste-t-il un louage ou devient-il une vente ? Voilà une bien vieille controverse avec laquelle les textes de droit romain vous ont familiarisés. Dans l'ancienne jurisprudence romaine, vous le savez, le caractère de louage avait prévalu[2]; depuis la constitution de l'empereur Zénon, l'opération dont il s'agit fut considérée comme un contrat *sui generis* et le nom d'emphytéose, depuis longtemps accueilli par l'usage, fut consacré par la loi[3]. Dès ce moment, pour employer le langage rigoureux de l'Ecole, l'emphytéose devint un *contrat nommé.* Au moyen âge, ce contrat reçut un développement nouveau : malgré de grandes dissemblances, on peut le considérer comme la base des fiefs et des censives, et, en général, comme la pierre angulaire de toute la constitution de la propriété foncière. La propagation des recueils de Justinien familiarisa nos vieux jurisconsultes avec un mot, longtemps étranger à l'Occident[4]; et depuis le XVI^e siècle, l'emphytéose, sous son nom propre, devint l'objet d'études régulières et suivies. Viennent les lois abolitives de la féodalité : l'emphytéose, profondément atteinte par la loi du 29 décembre 1790, disparaît complétement. On ne la trouve mentionnée ni dans la loi du 22 frimaire an VII, qu'on a appelée avec justesse le Code de l'Enregistrement, ni dans le Code Napoléon. Ainsi, nous voilà revenus au point de départ! Après tant de péripéties, l'emphytéose devient un *contrat innomé;* la question se pose pour nous dans des termes analogues à ceux où l'examinaient Gaius et Papinien : il faut décider si elle est vente ou louage, car la solution de cette question entraîne des conséquences fort diverses pour la perception de l'impôt.

Ce rapprochement n'est pas purement fortuit, et il est assez remarquable que la matière de l'Enregistrement prête aujourd'hui, plus que toute autre, à la méthode sévère, à l'analyse rigoureuse, et, parfois même, je ne le cacherai pas, à la subtilité élégante des jurisconsultes romains. Cette considération vous montre d'une façon tout à fait péremptoire à quel point la science du jurisconsulte, une science bien assise et solidement éprouvée, est nécessaire pour l'application des lois fiscales.

---

[1] Voyez M. Pellat, sur la loi 8 D. *si ager vectigalis*, et la note 2 de la p. 602 de son Commentaire sur ce titre.

[2] Gaius, III, 145.

[3] L. 1, C. *de jure emphyteutico* (IV, 66). — Inst., § III, *de locat.* (III, 24).

[4] On lit dans un acte de l'année 1020, rapporté par Muratori (*Antiq. medii œvi*, tome III) : « Precaria et *enfintheocaria.* »

Généralement, dans les premiers siècles du moyen âge, l'emphytéose se produit sous la forme de *précaire.*

L'histoire, d'ailleurs, accuse fortement cette vérité ; à toutes les époques de notre ancienne jurisprudence, le droit fiscal a exercé la pénétration des jurisconsultes. Au XVI^e siècle, il faut citer en première ligne Dumoulin et d'Argentré; après eux, et dans le cours des deux siècles suivants, Loyseau, Antoine Faber, Hévin, Henrys, Bretonnier, Fonmaur et tant d'autres dont les noms pourront revenir dans nos entretiens. Cette partie de la jurisprudence, en effet, n'est pas nouvelle. Les lois qui nous régissent n'ont pas été improvisées par le législateur moderne; elles présentent le résumé habilement combiné des principes du droit féodal, des ordonnances de nos rois et des traditions de nos vieux domanistes. Il y a donc encore d'utiles enseignements à recueillir dans ces travaux des anciens maîtres, et c'est une source à laquelle nous pourrons puiser quelquefois avec mesure et sobriété.

De nos jours, la tradition, un moment interrompue, a été dignement renouée par de beaux et importants travaux. Un jurisconsulte trop tôt ravi à la science, Championnière, a su raviver cette étude par toute la verve de son génie. La publication du *Traité des droits d'Enregistrement* a fait événement dans la doctrine, et n'a pas été sans influence sur le développement de la jurisprudence des Tribunaux [1]. Grâce au réveil de la critique, l'étude des lois fiscales, longtemps renfermée dans les bureaux de l'Administration et dans les études des notaires, a repris son rang dans la science du Droit [2]. L'Administration supérieure, avec une largeur de vues qui l'honore, a elle-même favorisé ce mouvement scientifique. Depuis longtemps elle a augmenté les garanties d'instruction exigées des jeunes aspirants, et depuis dix ans l'institution libérale du concours a été admise pour recruter ses rangs [1]. L'Administration semble même avoir voulu sceller la première ce pacte d'alliance, que je voudrais voir bien établi entre elle et les Facultés de droit; car, outre l'importance qu'elle a toujours attachée à nos grades, elle a dispensé de toute condition préalable d'admission les lauréats de nos concours, et reconnu par là même l'intime connexité de la pratique de l'Enregistrement avec les principes généraux du Droit.

---

[1] *Traité des droits d'Enregistrement, de Timbre et d'Hypothèques*, par MM. Championnière et Rigaud : avec le *Supplément*, par M. P. Pont, 6 vol. in-8°. — Voyez, dans la *Revue de Législation*, t. X (1839), p. 147 et 277, l'appréciation de cet ouvrage, par M. Troplong, et dans la *Revue étrangère* (1843), l'article précité de M. Valette. — Il faut citer encore le *Traité de l'Enregistrement* dans le nouveau Répertoire de Dalloz, 2 vol. in-4°.

[2] MM Rodière et Pont, dans leur *Traité du contrat de mariage*, ont eu l'heureuse pensée de traiter concurremment la matière au point de vue du droit civil et au point de vue de l'enregistrement.

Ce travail ne peut manquer de porter ses fruits. C'est en fortifiant la science de ses employés que l'Administration arrivera à donner à sa marche la fixité et la régularité essentielles à la perception de l'impôt. En même temps, les citoyens, mieux éclairés sur leurs droits, le seront aussi sur leurs devoirs. On cessera de considérer les lois de l'Enregistrement comme des lois toutes spéciales, étrangères à l'économie générale du droit, amas confus de règles arbitraires et incohérentes, destinées à frapper à l'aveugle en dehors de toute justice et de toute raison, lois ennemies contre lesquelles aussi tous les moyens seraient bons, et qui autoriseraient, par l'excès de leurs rigueurs, le dol et la fraude des contribuables ! On verra, tout au contraire, dans ces lois, des dispositions d'ordre public, soit à raison du service qu'elles organisent, soit à cause de l'impôt qu'elles constituent. Cet impôt a pour lui sa longue possession; une tradition immémoriale l'a enraciné dans nos mœurs, et, à l'heure qu'il est, aucun esprit sérieux ne peut songer à le modifier dans ses bases essentielles. Il faut donc l'accepter comme une charge, ou mieux, pour parler le langage expressif de nos lois modernes, comme une *contribution* d'intérêt général, et l'accepter franchement et loyalement. Si cet impôt présente, à raison de son assiette, des inconvénients particuliers, « ces choses étant sujettes à des discussions subtiles [2], » le remède à ces inconvénients est dans le développement de la science qui fixera les principes et apaisera les controverses. Voilà, Messieurs, le but de nos travaux. Ce but est élevé, il est difficile. Sans doute il ne sera jamais possible de l'atteindre entièrement; mais c'est déjà beaucoup de s'en rapprocher, et c'est à cela que tendront nos efforts.

GABRIEL DEMANTE.

---

[1] V. l'ordonnance du 17 décembre 1844.

[2] Montesquieu, *Esprit des lois*, liv. XIII, ch. IX.

CHEMINS VICINAUX. — PRESTATIONS EN NATURE NON ACQUITTÉES.

FERMIER OU COLON SORTI. — FERMIER OU COLON NOUVEAU.

1. **Est-ce à l'autorité administrative ou à l'autorité judiciaire qu'il appartient de connaître des contestations entre les anciens et les nouveaux fermiers ou colons, au sujet des journées de prestation *qui restaient dues lors de la sortie?***
2. **Devant l'administration, quel est celui qui doit?**
3. **En droit commun, est-ce autrement?**
4. ***Quid,* si les réquisitions ne sont faites qu'après la clôture de l'exercice?**

Par M. Dubernet de Boscq, conseiller à la Cour impériale d'Agen.

Chaque année, ces questions se reproduisent, notamment la 2e et la 3e, dans plusieurs localités. Une instruction ministérielle, que nous aurons lieu d'indiquer ici plus d'une fois (celle du 14 juin 1838), suppose même qu'elles sont de nature à se présenter dans presque tous les départements. Souvent, il est vrai, elles sont, vu leur importance réelle assez minime, transigées ou délaissées. Mais cet état de choses lui-même accuse déjà l'absence de principes fixes dans la pratique. Et puis, MM. les juges de paix, lorsqu'ils ont lieu de s'en occuper, ont, à cet égard, deux jurisprudences absolument contradictoires.

Les uns distinguent 1° entre le cas où, lors de l'entrée, les prestations avaient déjà été acquittées et celui où elles ne l'avaient pas été ; 2° entre les journées d'hommes et celles d'animaux ou de voitures. — D'autres ne distinguent pas.

Quelques-uns, au cas où les journées ont été trouvées faites, lors de l'entrée, veulent que les exploitants sortis fassent réciproquement celles restant dues après leur sortie. — Quelques autres, même en ce cas, ne sont pas de cet avis.

C'est en cet état que j'ai eu, moi-même, une difficulté avec mon fermier sorti. L'affaire, quoique engagée, ne reçut point de solution : ce fermier paya volontairement le principal en argent et les dépens. Mais j'avais, là-dessus, préparé un travail; et ce travail, je le soumets ici, vu les incertitudes dont je viens de parler, à MM. les magistrats administratifs, à MM. les juges de paix, aux jurisconsultes [1].

---

[1] Dans son *Journal de Droit administratif*, année 1854, p. 315, M. le professeur Chauveau a bien voulu en faire l'analyse, à laquelle il a mêlé ses

Première question. — Compétence.

Comme indication de la jurisprudence émanée du Conseil d'État, et suivie par le Ministère, le dernier document que nous connaissions est une circulaire du 14 juin 1838. « Je dois vous « rappeler, y est-il dit, ainsi que j'ai eu occasion de le faire « *plusieurs fois*, que c'est aux conseils de préfecture qu'il appar« tient de statuer sur toutes les difficultés qui ont pour objet le « recouvrement de la prestation en nature, puisque cette impo« sition est assimilée par les lois aux contributions directes. » (*Journ. des Comm.*, tom. XI, p. 282 et 283.)

Généralement, en effet, c'est aux conseils de préfecture que revient tout le contentieux des contributions de cette classe (L. 13 juin 1790, art. 2; L. 21 sept. même année, art. 1).

Sans doute, cette compétence est déférée aux tribunaux lorsque le Trésor est désintéressé dans la contestation; lorsque cette contestation ne concerne ni la perception, ni la répartition, ni le dégrèvement; lorsque, en d'autres termes, elle a uniquement pour objet l'exécution d'une convention ou d'un quasi-contrat entre contribuables (Cons. d'Ét. 23 janv. 1820, Devill., *Coll. nouv.* 6,2,190; Dalloz, *Rec. alph*, t. IX, p. 470, Chauveau, *Compét.*, t. III, n° 536, 720). Ainsi, lorsque c'est un particulier *qui a payé* pour un autre (Cons. d'Ét. 22 janv. 1823, Devill., *Coll. nouv.*, 7, 2, 164; Dalloz, *Rec. alph. ib.*) : spécialement, lorsque c'est un propriétaire *qui a payé* pour son fermier (Cons. d'Ét. 7 nov. 1814, Devill., *Coll. nouv.*, 4, 2, 414; Dalloz, *Rec. alph. ib.*). Mais, par contre, c'est la règle qui subsiste toutes fois qu'il y a contestation sur la répartition ou la quotité ou le recouvrement (V. *supr.*). Elle subsiste encore lorsque, même après commandement, il s'agit d'en apprécier les causes, de prononcer sur le fond (Chauveau, *Comp.*, tom. III, p. 537et 552); lorsque même une action en répétition est exercée devant les tribunaux et qu'il surgit la question de savoir quel est celui que doit atteindre l'impôt ou dans quelles proportions chacun doit être imposé (Chauveau, *Compét.*, tom. III, p. 537, n° 4; Cons. d'Ét. 22 janv. 1823,

appréciations personnelles et ajouté son assentiment complet. Seulement, comme il m'admettait au bénéfice de l'anonyme (ce que je n'ai pu obtenir ici), il m'a décerné des éloges auxquels pouvait, seule, croire son amitié pour moi.

Devill., *Coll. nouv.*, 7,2,164, et Dall. *Rec. alph.*, *ub. supr.*; Cons. d'Ét. 23 fév. 1820, Devill., *Coll. nouv.*, 6,2, 211).

A plus forte raison le conseil de préfecture est compétent lorsque l'impôt n'a été encore acquitté par aucune des parties; lorsque la difficulté se montre sans mélange, radicale, et consiste à savoir seulement quel est celui qui doit être ou rester imposé. Il ne s'agit, en effet, alors que de réformer ou *d'interpréter* dans son application un premier acte que l'Administration a fait. Or, ces deux facultés ne résident (c'est élémentaire) que dans elle seule.

Deuxième question. — Administrativement, qui doit ?

Le rôle, une fois mis en recouvrement, rien, si ce n'est la prescription, et, en certains cas, un décès, une faillite ou son équivalent, ne l'arrête dans son cours. La personne indiquée peut bien, quelquefois, s'en substituer une autre, qui y consent. Mais, hors de là, *c'est elle seule qu'il atteint*, *et pour toute l'année*. Pourquoi cette permanence ? D'une part, à cause de la dignité et de l'ordre du service, qui ne permettent point qu'on aille, en perdant d'ailleurs son temps, discuter à toutes les portes ; et, d'autre part, en contemplation des contribuables eux-mêmes, qui ont droit à ne pas rester incertains sur leur situation annale envers le fisc, sauf à lever entre eux l'erreur qui aurait pu se commettre.

De cette règle générale il y a maintes preuves. Nous ne les prenons que dans les espèces les plus analogues à celle-ci :

Quant à l'impôt personnel et mobilier, par exemple, est-il permis, une fois l'exercice ouvert, de s'en exempter en quittant le domicile que l'on avait dans une commune, pour passer dans une autre ? Non : *pas même alors qu'un nouvel habitant aurait été imposé pour ce même domicile* (Cons. d'Ét. 12 avril 1838, Devill., 39,2,63). Bien mieux : on ne peut se faire imposer dans la commune de la nouvelle résidence, sous prétexte de se faire dégréver de la première (Cons. d'Ét. 30 juin 1842, Devill., 42, 2, 501).

Quant aux portes et fenêtres, on ne peut en rejeter la charge sur une autre personne désignée que par voie de rôle supplémentaire (Cons. d'Ét. 9 mai, 5 et 12 juin 1845, Devill., 45,2,622).

Quant aux patentes, elles sont longtemps demeurées payables indivisiblement et pour l'année entière, à tel point que si, avant la fin de l'année, le patenté cédait son fonds, il ne pouvait demander de dégrèvement, son cessionnaire fût-il patenté pour une portion de cette même année (art. 4 de la loi du 1er brum. an VII, Cons. d'Ét. 30 mai 1834, Devill., 34, 26, 32). Il n'y avait d'exception, comme nous venons de le dire, que pour le cas de décès (art. 26 de la loi du 17 floréal an X). Or, depuis, cette exception a bien été étendue, au cas de fermeture de magasin ou de faillite déclarée (art. 23 de la loi du 25 avril 1844). Il a même été admis une autre modification pour le cas où le cédant demandera le transférement de la patente sur son successeur. Mais, comme en matière de portes et fenêtres, il faut, pour cette mutation, que le préfet intervienne (*ib.*).

Eh bien, entre ces précédents et la consécration qu'ils ont ultérieurement reçue du Conseil d'État et du pouvoir législatif, sont venues se placer deux instructions du ministère de l'intérieur : l'une du 15 mai 1837 (*Journ. des Comm.*, XI, p. 152), l'autre du 14 juin 1838 (*ib.*, p. 283 et suiv.). Dans la première, le ministre s'est posé la question en ces termes : « Lorsqu'un « habitant, imposé à la prestation en nature comme fermier, « est sorti de la commune avant la fin de l'année, sans avoir été « mis en demeure de se libérer, est-il tenu d'acquitter les prestations auxquelles il est imposé? Ou bien cette charge « retombe-t-elle sur l'habitant qui l'a remplacé dans l'exploitation? » Et il se prononce contre le fermier sorti. Par quel motif? Parce que la prestation en nature est un impôt *de quotité* qui, d'après la loi, doit peser sur tous ceux qui, au moment où on l'établit, sont portés au rôle des contributions directes, et que, par contre, il ne doit pas peser sur ceux qui, en ce même moment, n'y étaient pas portés.

Dans la seconde (qui est la même que celle ci-dessus indiquée pour la question de compétence), le ministre a considéré sous un même point de vue, quant à la solution qui doit leur être appliquée, le colon ordinaire et le fermier proprement dit. Puis, pour tous les deux, il a distingué le cas où la sortie a eu lieu *avant* la mise en recouvrement du rôle et le cas où elle n'a lieu *que dans le cours de l'année*. Et enfin, en ce dernier cas, il se prononce encore contre eux. Seulement, il a fait une sous-distinction entre le changement *volontaire* et le changement *forcé :* l'un demeurant toujours incapable d'empêcher les poursuites, l'autre (comme un décès, une perte d'établissement agricole) légitimant une allocation en non-valeur. Mais, hors ce dernier cas, même sort pour les prestations que pour tous les autres impôts susceptibles de recouvrement.

Comment le ministre a-t-il été conduit à ces assimilations? C'est que, dit-il (et nous l'avons déjà extrait plus haut de cette même instruction), l'impôt dont il s'agit *est régi par la loi de la même manière que les contributions directes*. Or, cela est vrai, et cela est vrai, non-seulement en vertu des lois de 1790, précitées, mais encore en vertu de celles qui ont spécialement statué sur les prestations dues aux chemins vicinaux. L'art. 2 de la loi du 21 mai 1836 qualifie, en effet, cet impôt *d'addition* au principal des quatre contributions directes, et l'art. 5 de celle du 28 juillet 1824 (non abrogée en ce point) porte que *le recouvrement en est poursuivi comme pour les contributions directes.*

De cette immutabilité il résulte, sans doute, quelquefois, pour le prestataire, un inconvénient : c'est qu'il peut arriver qu'au moment où on le requiert, il n'ait plus les animaux ou le matériel pour lesquels il a été d'abord imposé. Mais 1° le Conseil d'État ne s'est pas arrêté, depuis, plus que le ministre, à cette considération : il lui a suffi que ce matériel fût en la possession du prestataire *au moment de l'émission du rôle* (15 mai 1848 et 22 fév. 1849, Devill., 49, 23, 16, et *Journ. des Comm.*, XXII, p. 16). 2° Autrement, il en serait de lui comme d'un débiteur de cote personnelle et mobilière, d'impôts de portes et fenêtres, de patente, qui répondrait : « Je n'ai plus les meubles que j'avais, l'habitation où j'étais, le fonds de commerce que j'exploitais. » Ce serait comme si, imposé encore pour chaque membre ou serviteur mâle de sa famille (art. 3 de la loi du 21 mai 1836), ce même prestataire objectait, en fin d'année : « Mon fils, que j'avais chez moi au 1er janvier, s'est marié depuis hors de chez moi; le domestique temporaire que j'avais alors ne m'a plus été utile depuis l'automne. »

Troisième question. — Droit commun.

Reste, ainsi que d'ailleurs cela était réservé tout à l'heure, un autre intérêt : celui de redresser, *entre parties*, s'il y a lieu, toute injustice résultant, *quant à elles*, du rôle ainsi exécuté.

Pour cela, il faut savoir, entre l'ancien et le nouvel exploitant, quel est le véritable débiteur des prestations non acquittées lors de la sortie?

Et d'abord, puisque les prestations qui nous occupent ici sont *un impôt*, quelle est, de droit commun, la règle tracée pour connaître qui le doit ?

S'il n'est pas, comme le salaire du travail, une charge proportionnelle *des fruits*, il est, du moins, une charge proportionnelle de la *jouissance* (art. 608 et 635 C. N.). Sous ce rapport, comme sous l'autre, c'est là aussi le vœu de l'équité. Il domine dans toute la législation. Là, en effet, où il y a un avantage, il doit y avoir, par réciprocité, une charge. Ainsi l'usufruitier, ainsi l'usager (articles précités).

Cette donnée ainsi acquise pour l'impôt de ceux-ci, quelle base prendons-nous pour celui dont les lois de 1824 et de 1836 ont frappé, relativement aux chemins, les colons et les fermiers? N'est-il pas comme tous les autres ? N'est-il pas mesuré sur sa cause ? N'est-il pas fondé en équité autant qu'il l'est sur le texte? La jouissance y embrassant aussi l'annuité entière, ne s'étend-il pas comme elle, dans tout ce même cercle ?

Il est vrai que, pour l'usufruitier, pour l'usager, cette règle de mesure produit un effet tout particulier, auquel donne lieu l'art. 585. Leur dette commence et finit avec leur droit, *quelle que soit la saison de l'année.* De même qu'ils recueillent ce qu'ils n'ont pas semé, de même ils paient l'impôt pour ce qu'il leur arrive de ne pas récolter (V., du reste, Proudhon, *Sur l'usufruit*, t. IV, art. 1804 et 1806). Tandis que pour le colon et le fermier, la jouissance commençant et finissant à une période fixe, la charge y relative doit aussi commencer et finir de même. Mais si cette distinction est juste, elle ne l'est, remarquons-le bien, qu'à une condition : *c'est que, lors de leur entrée, ils n'aient pas trouvé toutes faites, par leurs devanciers on les propriétaires, les prestations qui restaient à acquitter pour la fin de cette année-là.* De même, en effet, qu'il y aurait double emploi et par conséquent injustice à leur faire subir, *pour une des récoltes*, non-seulement l'annuité entière des prestations qui y correspondent, mais encore celles d'une fraction de l'annuité précédente, de même il y aurait faveur et par conséquent injustice aussi à leur laisser les récoltes de *toutes* les annuités, sans qu'ils en eussent complété *toutes* les prestations, soit d'avance, soit subséquemment. En un mot, PROPORTIONNALITÉ !

Suggérée par la raison seule, cette proportionnalité est, du reste, très-explicitement entrée dans l'esprit de la loi. A la

Chambre des députés, dans la séance du 5 juillet 1824, on objectait qu'il n'était pas juste de charger ainsi, à l'encontre du fermier, la dernière année du bail; qu'en effet, par là, *il ne pourrait profiter de la réparation à laquelle il contribuerait.* On répondit que le fermier ne faisait, en cela, *que se libérer d'une dette*, puisque, durant tout son bail, il avait contribué à la détérioration du chemin (Dal. *Rec. alph*, V° *Voirie*, p. 999, n° 14). Que si on avait insisté en objectant encore que, durant le bail, il compensait en fournissant alors ses journées de prestation, la réponse eût été que, dans cette balance de compte, il y aurait eu inexactitude ; *car, dès son entrée dans le bail*, le fermier profite de certaines réparations déjà faites par d'autres que lui.

A ce point, colons et fermiers se réfugient dans une distinction : s'ils ont été *requis* avant leur sortie et qu'ils aient omis d'obtempérer, ils avouent devoir (du moins quelques-uns) tout ce dont ils ont été requis ; mais, s'ils ne l'ont pas été, ce n'est pas, prétendent-ils, leur faute, et, partant, ils se tiennent pour libérés. — D'abord, ce serait là une singulière duperie : un simple défaut de réquisition leur vaudrait, après avoir retiré leur bénéfice quitte de la charge corrélative, deux profits bien clairs: 1° celui de l'emploi de leurs bras à d'autres choses bonnes pour eux ; 2° celui de l'emploi de leurs animaux à d'autres choses encore, ou du moins, pour ceux-ci, un repos qui, lors du décabalement, contribuerait à leur plus-value. Et puis, remontons au point de départ. Avant de sortir, y avait-il ou n'y avait-il pas, à leur charge, une dette ? On en convient. Or, où a-t-on jamais vu qu'une dette fût éteinte par cela seul qu'elle n'avait pas été réclamée à l'époque fixe où il aurait plu au débiteur qu'on lui en fît la réclamation (car c'est le colon ou fermier débiteur qui, sans le concours de l'Administration, fixe, d'accord avec son maître, l'époque de la sortie)? Depuis quand le créancier (qui est ici l'Administration) est-il tenu, sous peine de déchéance, d'interpeller son débiteur, non-seulement avant le jour de la prescription, mais même avant celui du terme qui a été réglé (car fermiers et colons savent que l'Administration s'est réservé des prestations aussi bien pour la fin de l'année que pour le commencement ou le milieu, et que cette règle les concerne, eux comme tous les autres)? Comme le dit fort bien Proudhon (*loc. cit.*), « il s'agit ici, non du temps auquel on pourra forcer « le recouvrement de la prestation, mais de l'acquisition du

« droit lui-même, qui a été effectivement acquis : *deberi dicimus* « *et quod die certâ præstari oportet, licet dies nondùm venerit* » (L. 9, ff. *ut vel leg. vel fideic.*, lig. 59, Cod., *de usuf.*). D'autre part, depuis quand surtout un débiteur peut-il s'en substituer d'autres, non-seulement sans le concours de son créancier, mais encore sans le consentement de ceux-ci ? On conçoit la novation par substitution sans le concours *du premier débiteur* (art. 1274 C. N.); mais on ne la conçoit pas sans celui *du second*, fût-il même indiqué par le premier (art. 1277).

A cet autre point, certains font une concession ; ils reconnaissent que le fermier ou le colon sortis doivent, quoique n'ayant pas été requis avant leur sortie, *les journées d'hommes ;* mais il y a une exception, ajoutent-ils, pour celles *des bestiaux et des charrettes.*— Revenons, une fois encore, à notre point de départ. Avant leur sortie, ne devaient-ils pas aussi bien les unes que les autres? Ici encore, ne pouvant s'en défendre, on en convient. Pourquoi donc cette distinction ? C'est que, disent-ils, leur personne leur est restée disponible ; tandis que leurs animaux, leurs charrettes ne leur sont pas également restés. Mais est-ce donc que l'impôt a frappé *ce matériel*, non *eux-mêmes ?* Supposons, pour un instant, que telle soit la véritable base de l'argumentation. Que serait cet impôt ? Serait-ce la prestation de l'usage à retirer d'un corps certain ? Supposons-le encore. Est-ce que l'obligation du prestataire d'un corps certain est éteinte par le seul effet des convenances ou même des nécessités qui le font s'en dessaisir ? Non : elle ne l'est que par *la perte* qui en serait survenue. Et encore faut-il que ce soit *sans la faute du débiteur* (art. 1302 C. N.). Mais est-ce bien ici la prestation de l'usage *d'un corps certain ?* Point : c'est celle *d'une quantité,* celle d'un nombre déterminé de choses considérées *dans leur genre*, *non dans leurs individus.* C'est, en un mot, pour *tant* de bœufs, *tant* de vaches, *tant* de charrettes, sans dire pour *quelles* charrettes, pour *quelles* vaches, pour *quels* bœufs. Or, en pareil cas, peut-il y avoir extinction de l'obligation, même pour perte de la chose due, même pour perte par cas fortuit et non mélangé de faute ? Non, répond Pothier (*Obligation*, 3e part., ch. 6, art. 2, n° 622). Pourquoi ? Parce que, dit-il, *genus non perit ;* et il renvoie à l'exemple fourni par la loi 11, Cod., *si cert. petat.* Tout comme la perte entière de la récolte ne dégage pas l'usufruitier de l'impôt (Proudhon, *loc. cit.*, 1804)... Et puis, est-ce même un matériel indéterminé dans ses individus qui a été imposé ? Non : c'est *l'homme*... pour son matériel (L. 21 mai 1836, art. 3). L'obligation est donc *personnelle*.

Sans doute, elle ne l'est pas *purement*. Sans doute, elle est de celles si bien définies par Loyseau, dont Henrion de Pansey a reproduit l'entier passage (*Comp. des jug. de paix*, chap. 11) ; qui étaient connues sous le nom de *personales in rem scriptæ;* qui s'appliquaient nommément aux charges et aux impôts de biens (*oneribus et tributis*) ; qui y sont tout aussi nommément appliquées par Proudhon (*loc. cit.*). Mais s'il n'en est pas de celles-là comme de celles purement personnelles (*quæ debitoris ossibus hærent ut lepra cuti*) ; si elles suivent en même temps la chose ; si elles la suivent *contra quemcumque possessorem*, cela n'est exact que par rapport au créancier, non par rapport au débiteur. Le créancier, en effet, a secondairement sur la chose un gage de son droit principal sur la personne. Le débiteur peut bien ainsi dès lors, par l'inaccomplissement de son devoir personnel, occasionner sur cette chose, au détriment de celui à qui il l'a cédée, les effets du droit que le créancier y a conservé. Mais, envers ce cessionnaire ainsi lésé à cause de lui, il doit garantie, il doit indemnité. La chose a bien pu, un instant, par sa faute, être exposée, atteinte. Mais toujours, partout, au regard du détenteur, il en est demeuré *personnellement* responsable. Qu'importent les accidents à lui survenus dans les moyens de libération ? Qu'importe surtout, lorsque ces moyens ne lui ont fait *défaut* qu'après avoir servi aux bénéfices en contemplation desquels il était obligé ? On n'a pas même lieu de le plaindre !

Bien plus : est-ce que la prestation en nature est donc *l'unique* mode de libération admis par la loi ? Est-ce que même il est *le principal* mode ? Non ; pour s'en convaincre, il n'y a qu'à se bien pénétrer de l'art. 4 de la loi actuelle et à en faire comparaison avec l'art. 2 de celle de 1824. Selon celle de 1824, l'obligation était, quant au paiement à faire en argent ou en nature, *alternative*. Selon celle de 1836, la dette *principale* est en argent (V., du reste, M. Dumay, sur Proudhon, *Traité du Dom. publ.*, t. II, 1^re^ part., p. 72). Or, si le fermier ou le colon n'eussent pas opté, s'ils fussent ainsi demeurés débiteurs *d'une quotité en argent*, eussent-ils même eu prétexte à ces difficultés ? Eussent-ils eu à distinguer entre leurs obligations pour leurs personnes et leurs obligations pour leur matériel ? Eussent-ils eu à dire que ce matériel, depuis leur sortie, n'est plus en leurs mains?... Hé bien! parce que, subsidiairement, à titre d'exception, *pour leur convenance privée*, ils ont été admis à opter, à se libérer en nature, faut-il que cette concession à eux faite se retourne en un préjudice contre leur ancien maître, contre leur successeur?

Vis-à-vis de l'Administration, ils avaient pris un engagement. Pour s'exonérer d'un tribut pécuniaire, ils s'étaient assujettis, par choix, à un tribut en nature. Or, cet engagement était, comme tout autre, subordonné à une condition résolutoire sous-entendue. Cette condition portait que, faute d'accomplissement, l'Administration rentrait dans son droit primitif; et pour elle ce droit primitif était, comme nous venons de le voir, *de se faire payer en argent*. Donc, si l'ancien maître ou le successeur paient, c'est pour les vrais obligés qu'ils paient. Donc, par là, ils sont, de plein droit, subrogés à l'Administration, qui est ici le créancier; car, *étant tenus par les véritables obligés à ce paiement*, et y étant tenus comme détenteurs du matériel à eux laissé, *ils ont eu un légitime intérêt à le faire* (art. 1251, n° 3, C. N.). Et s'ils sont subrogés, ils ont le même droit que nous venons de définir pour le créancier: le droit de faire exécuter envers eux l'obligation en argent.

Enfin, à part ces règles du droit positif, quelle iniquité s'il en était autrement! Si, en effet, acquittant leur dette, le colon ou le fermier sortis eussent perdu à l'œuvre leur matériel, pour qui eût été la perte? S'il se fût agi d'un colon, elle eût été, il est vrai, à moitié pour le maître; mais, du moins, rien n'en serait retombé sur le colon nouveau. S'il se fût agi d'un fermier, il l'aurait, *seul*, supportée (art. 1825 C. N.). Tandis que, n'acquittant pas leurs prestations, ils laisseraient au maître et au successeur dans la culture les chances d'une telle perte!...

Non: il n'est qu'un moyen de se soustraire à ces conséquences du droit et de l'équité: c'est de faire voir que, dès l'époque de la sortie, les prestations non encore acquittées, non encore requises, ont cessé, même en principe, d'être dues. Or, nous pensons l'avoir suffisamment établi: *à moins que, dès l'entrée, on n'ait fait celles qui aussi étaient restées dues*, la loi de proportionnalité veut qu'on doive celles qui, lors de la sortie, figurent encore sur le rôle.

Quatrième question. — Réquisitions après fin d'exercice.

Si de là pouvait naître une exception absolue, il n'y aurait évidemment plus de difficulté. Tous seraient exempts : l'ancien maître et le nouvel exploitant, comme l'exploitant sorti. Mais ce n'est point cela. Sans doute, la bonne règle veut que l'Administration ne fasse aucun enjambement d'une année sur l'autre. Cependant, la loi de 1836 elle-même a prévu que, par accident, cela pouvait se présenter (art. 5). Puis, une circulaire ministérielle du 21 mars 1837 (*Journ. des Comm.* XI, p. 151 et 152) admet que, selon les circonstances, on puisse différer jusqu'au 31 mars de l'année suivante. Et alors il va de soi que les droits respectifs qui viennent d'être appréciés restent les mêmes.

Il est vrai que, suivant deux décisions du Conseil d'État (3 juin 1852 et 27 juillet 1854), le défaut de réquisition en temps normal pour la prestation en nature rend l'Administration non recevable à exiger l'évaluation en argent, lorsque surtout telle a été l'option faite par le débiteur. Mais rien n'empêche cette Administration, dans la limite qui vient d'être précisée, d'avoir droit à ce que l'obligation se réalise en nature. Et, demeurant ce droit, le débiteur ne peut en rejeter le poids sur autrui. Par la même raison, si le détenteur du matériel affecté à ce droit vient à y satisfaire, il a, comme subrogé, le recours ci-dessus constaté.

DUBERNET DE BOSCQ.

VAGABONDAGE. — ARME.

Par M. Girard de Vasson, président du tribunal civil de Napoléon-Vendée.

« La détention, entre les mains d'un vagabond ou d'un mendiant, d'un *bâton* simple, suffit-elle pour le faire considérer « comme porteur d'une *arme*, et lui rendre applicable le § 2 de « l'art. 277 du Code pénal? »

L'art. 277 du Code pénal punit d'une peine de 2 à 5 ans de prison, le mendiant ou vagabond porteur d'*armes*, alors même qu'il n'en a usé ni pour frapper, ni pour menacer, et l'art. 276 qui le précède punit d'une peine moindre, de six mois à deux années, le mendiant qui a fait des *menaces* par paroles, *gestes*, etc.

De là peut naître cette question : « Laquelle des deux peines

« devra être appliquée, de celle de l'art. 276 ou de celle de l'art. « 277, au mendiant qui, à l'aide d'un *bâton* dont il était por« teur, aurait fait des *menaces ?* »

« Ce bâton est-il une *arme ?* »

Telle est, en effet, la question qu'amène la précédente, car, si ce bâton doit être considéré comme une *arme*, l'inculpé devra subir la peine de l'art. 277 ; sinon il n'encourra que la peine moindre de l'article précédent.

La loi a-t-elle défini ce qu'on doit entendre par *arme* ? Oui, au moins, en ce qui concerne les crimes d'État, et, en général, les attentats contre les personnes. L'art. 101 définit, en termes fort clairs, ce qu'on doit entendre par *armes*.

D'après cet article, c'est tout ce qui a servi la passion de l'agent du crime ou du délit, tout instrument ou ustensile *tranchant*, *perçant* ou *contondant* qui a, si on peut dire ainsi, *armé* sa passion au moment même de la perpétration de son méfait, c'est-à-dire dont il s'est servi pour le commettre.

Il est évident, en effet, que le signe auquel le juge, pour ne pas s'égarer, devait reconnaître le caractère d'une *arme*, devait être l'*usage* qu'a fait l'agent de cet instrument inerte et inoffensif, tant qu'il ne s'en sert pas.

S'attacher aux signes physiques et matériels seulement, c'est-à-dire à la nature de corps *contondants*, *perçants* ou *tranchants*, ç'eût été exposer le juge à s'égarer en *faisant faire* du *matérialisme* à la loi, car tous les corps, dans la nature, sont *contondants*, ou *perçants* ou *tranchants*, suivant l'emploi qu'on en fait. Tous, au moins, dans une certaine mesure, peuvent le devenir dans la main du crime. Une épingle peut donner la mort, ou blesser, au moins, même grièvement, si elle est appliquée sur un organe sensible. Le corps le plus léger et le plus inoffensif dans sa forme et sa destination naturelle, peut devenir, dans la main d'un furieux, une arme mortelle.

Ainsi donc, en fait de crimes et délits contre les personnes, pas de difficultés : — ce qui érige en *armes* tous les corps quelconques, c'est *l'usage* qu'on en a fait.

De là la distinction du § 2 de l'art. 101 : « Si les couteaux et « ciseaux dont l'agent était porteur *ne lui ont pas servi* à com« mettre son crime ou son délit, ces ciseaux et couteaux ne seront « point considérés comme des *armes*, » bien que ce soient, bien incontestablement, des instruments ou ustensiles *perçants* et *tranchants*. De même, des *cannes simples*, c'est-à-dire en bois, non ferrées, ni servant de fourreau à des épées, des cannes simples, c'est-à-dire de *simples bâtons*, bien que ce soient aussi des corps *contondants*, au même degré, assurément, que les ciseaux et couteaux sont des corps *piquants* et *tranchants*, ne seront point assimilés à des *armes*, si l'agent *ne s'est pas servi* de ces bâtons simples pour perpétrer son délit.

Il est bien clair, en effet, que ce qui constitue pour la loi la *canne simple*, la canne innocente à ses yeux, ce n'est pas l'*ornementation* qui, d'un simple jonc a fait, par l'art du marchand, une canne plus ou moins élégante. Il ne peut entrer dans la pensée de personne que la loi se soit attachée à cette circonstance du plus ou moins d'élégance du *bâton* qu'elle appelle *canne*. Ce qui, pour elle, est une *canne*, c'est un *bâton*, orné ou non, précieux ou non, mais dépourvu de toute ferrure, de tout accessoire étranger qui, sous forme de canne, en ferait un fourreau à épée, par exemple, une *arme*, par conséquent.

Voilà, ce semble, qui est bien clair quand il s'agit des crimes et délits *ordinaires*.

Mais les mendiants et les vagabonds sont soumis à une législation *spéciale*. La loi leur fait un délit de la simple *détention* en leurs mains de toute *arme*, alors même qu'ils ne s'en sont pas servis pour frapper, ni même pour *menacer*.

La raison de cette exigence de la loi envers eux, c'est leur position seule de mendiant ou de vagabond qui les constitue, à ses yeux, en état de *menace permanente* envers la société. Elle leur fait un grief de plus de la possession d'une *arme* qui rend plus dangereux pour la société leur état de mendicité ou de vagabondage.

Mais le mendiant, mais le vagabond, par cela seul qu'ils sont marcheurs, sont, ordinairement, porteurs de bâtons.

Eh bien ! la loi leur fera-t-elle un grief de la seule *possession* de ces *bâtons?*

Ici, la solution qui se trouve dans l'art. 101 ne suffira pas pour nous éclairer, car on suppose que le mendiant ou le vagabond, porteur de bâton, n'en a pas *usé* contre les personnes, ce qui l'aurait exposé à une autre peine.

Il faut donc faire une distinction :

Ou bien ce bâton a les proportions ordinaires d'un instrument de ce genre destiné à *aider* la *marche* du voyageur, ou bien il sort évidemment de cette catégorie par ses formes.

S'il n'est qu'un bâton utile au vagabond ou au mendiant pour *aider* sa marche, il ne pourra être considéré comme une *arme*.

Si, au contraire, sous prétexte de servir à la marche comme bâton, il trahit, par ses proportions, les desseins de celui qui en est porteur, il *pourra* être assimilé par le juge à une *arme*.

C'est donc là une appréciation qui tombe dans le domaine du juge.

Mais, en matière pénale, — et, en toute matière, au surplus, — mais dans celle-là, surtout, — le juge est assujetti à certaines règles, même quand il entre dans le domaine de l'appréciation qui n'est point le domaine illimité de l'*arbitraire*.

Ainsi, quand il s'agira de savoir si le mendiant ou le vagabond sur qui aura été saisi un bâton, était porteur d'une *arme* dans le sens de la loi, il ne sera point loisible au juge de ne voir de bâton *inoffensif* que dans la *canne* du *dandy*, — évidemment interdite au mendiant et au vagabond par la plus péremptoire des puissances de ce monde, l'impossibilité de s'en procurer, à prix d'argent, chez le marchand. — Le juge n'aura donc point à tenir compte de l'*ornementation* et de la *valeur vénale* de ce bâton ou canne simple, mais bien, au contraire, de sa *destination* première et naturelle, indiquée par ses *dimensions* mêmes, par sa *forme*, par son *poids*, etc., toutes choses de fait, facilement appréciables, et que la loi a dû laisser dans le domaine du juge.

Le bâton, en effet, c'est la *canne* du *pauvre*, et, par contre, la *canne* est, si l'on veut, le *bâton* du *riche*.

La possession de l'une ou de l'autre de ces deux choses, de la part de l'une ou de l'autre de ces deux personnes, est également légitime.

L'un et l'autre sont également hors des atteintes de la loi quand ils en sont porteurs sans changer la *destination naturelle* de ces auxiliaires de leur marche.

Mais si le riche se sert de sa canne, plus ou moins ornée, pour *frapper*, il sera puni comme s'il s'était servi d'une *arme*.

Si le mendiant ou le vagabond, même sans en *frapper* ni *menacer* personne, se munit d'un bâton dans des proportions telles qu'il révèle par lui-même ses mauvais desseins, le juge *peut* voir, dans la possession de ce bâton, la possession d'une *arme* ou d'un instrument assimilé à une *arme*, et lui appliquer l'art. 277, bien qu'il n'ait point fait de *menaces* avec ce bâton.

Si, au contraire, ce bâton en lui-même n'a rien d'offensif dans sa forme, mais que le mendiant ou le vagabond qui en est porteur s'en soit servi pour faire des *démonstrations menaçantes*, l'art. 276 sera bien applicable, mais l'art. 277 ne le sera pas.

Enfin, la détention, dans les mains d'un mendiant ou d'un vagabond, d'un bâton *simple* dont il n'aura *frappé* ni *menacé* personne, ne constituera aucun délit.

C'est sur cette distinction, bien simple, que repose toute la théorie de la loi en cette matière spéciale.

GIRARD DE VASSON.

CHRONIQUE.

ACADÉMIE DE LÉGISLATION DE TOULOUSE.

L'Académie de législation de Toulouse a tenu le 2 juillet dernier sa séance publique annuelle.

M. Delpech, professeur de droit, président de l'Académie, a ouvert la séance par une allocution dans laquelle il a caractérisé l'esprit qui dirige les actes de la compagnie. Ce discours a été écouté avec un vif intérêt. — M. Benech, secrétaire perpétuel, a lu ensuite son rapport sur les travaux et sur le concours de l'année. Nous ferons passer sous les yeux de nos lecteurs cet important travail, qui a été accueilli constamment par une faveur marquée.

M. Bauby, qui a obtenu dans le concours une médaille d'or pour son *Éloge de Furgole*, et qui, en qualité de lauréat, siégeait parmi les membres de l'Académie, a reçu la récompense qui lui était destinée. — M. Ernest Astrié, docteur en droit, a obtenu une mention honorable qui lui a été également décernée.

Le R. P. Lacordaire, associé libre de l'Académie, a pris ensuite la parole au milieu du plus grand silence et a fait une lecture sur *la loi de l'histoire*. Il serait bien difficile de donner une idée exacte et complète de l'impression que cette lecture a produite. Pendant près d'une heure, l'assemblée a été placée sous le charme de cette parole, tour à tour profonde, incisive, éloquente, dont l'illustre dominicain a le secret.

L'Académie de législation conservera un souvenir ineffaçable de cette séance, qui devra accroître, dans de très-grandes proportions, l'éclat et la renommée qu'après trois années d'existence cette compagnie savante a su conquérir, soit en France, soit à l'étranger.

EXAMEN DOCTRINAL

Des principaux arrêts rapportés par les Recueils dans les cahiers de novembre 1853.

Par M. **Mimerel**, docteur en droit, avocat au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation.

SOMMAIRE.

1. *Ouvriers. — Salaires. — Insaisissabilité.* — Les salaires échus et à échoir des ouvriers ne peuvent être saisis pour la totalité.
2. *Ouvriers. — Entrepreneur. — Paiement des salaires.* — C'est en vertu d'un droit propre et personnel que les ouvriers non payés de leurs salaires par l'entrepreneur peuvent agir directement contre celui pour le compte duquel les ouvrages s'exécutent, jusqu'à concurrence des sommes dont il est débiteur envers l'entrepreneur.
3. *Sous-entrepreneurs.* — Les sous-entrepreneurs qui fournissent la matière en même temps que la main-d'œuvre, ne peuvent réclamer le bénéfice de l'action directe créée par l'art. 1798 du Code au profit des ouvriers pour le salaire de leur travail.
4. *Ouvriers. — Cession du prix de l'entreprise.* — La cession du prix des ouvrages achevés, consentie par l'entrepreneur à des tiers de bonne foi, est valable, même au regard des ouvriers non payés de leurs salaires qui n'ont intenté leur action que postérieurement à sa notification.
5. *Succession. — Conception. — Présomption légale.* — La présomption légale de l'art. 315 du Code ne doit pas être appliquée lorsqu'il s'agit seulement de déterminer la capacité d'un enfant à succéder à un parent en ligne collatérale décédé avant sa naissance.
6. *Créanciers. — Actions du débiteur.* — Un créancier ne peut exercer les droits et actions de son débiteur, s'il n'a constaté par une mise en demeure sa négligence ou sa mauvaise volonté. — Consultation de M. Marcadé.
7. *Subrogé tuteur. — Biens de mineur. — Incapacité d'acheter.* — La prohibition faite au tuteur d'acheter les biens de son pupille ne peut pas être étendue au subrogé tuteur. — Renvoi.
8. *Séparation de corps.— Révocation des avantages faits à l'époux indigne.* — La séparation de corps emporte la révocation de plein droit des avantages faits par l'un des époux à son conjoint contre lequel elle est prononcée.
9. Mais cette révocation ne préjudicie point aux droits constitués à des tiers par le donataire.
10. *Quotité disponible. — Réserve. — Héritier renonçant ; cumul.* — L'héritier donataire sans préciput qui renonce à la succession, ne peut retenir sa part de réserve et la quotité disponible cumulées.

1. — Cassation, 22 nov. 1853. — Dall., 53, 2, 321. — Dev., 54, 1, 31. — La chambre des requêtes a tranché dans cet arrêt une grave question qui se présentait pour la première fois à l'examen de la Cour régulatrice, et dont la solution, à quelque point de vue qu'on se place, nous paraît offrir de sérieuses difficultés.

Le salaire d'un ouvrier peut-il être saisi en totalité par son créancier? Le peut-il être, non-seulement pour les termes échus que le maître n'a point encore payés, mais aussi dans l'avenir pour les sommes à échoir?

Le tribunal de Mende avait jugé l'affirmative, et la chambre des requêtes a confirmé sa décision par le rejet du pourvoi dirigé contre elle.

Le tribunal s'était fondé sur le principe consacré par les art. 2092 et 2093 du Code, qui affectent tous les biens présents et futurs d'un débiteur à la garantie des droits de ses créanciers; il avait pensé que ce principe, étant général et absolu, ne pouvait recevoir d'autres exceptions que celles que la loi elle-même a établies, et que, par conséquent, en l'absence d'une exception spéciale créée par le législateur au profit de l'ouvrier, son salaire devait rester soumis à son application rigoureuse, sans que le juge puisse en affranchir aucune portion.

Le pourvoi présentait l'art. 581 du Code de procédure civile comme constituant l'exception légale dont l'ouvrier pouvait se prévaloir pour soustraire une partie de son salaire à l'exercice du droit de son créancier, et dont le tribunal de Mende aurait méconnu l'existence et la portée. Cet article, en effet, défend de frapper d'une saisie « les sommes et pensions pour aliments, encore que le testament ou l'acte de donation ne les déclare pas insaisissables. » Le salaire quotidien de l'ouvrier n'est-il point destiné à assurer des aliments à lui et à sa famille? Dès lors, ne doit-il pas être rangé, au moins pour une portion, parmi les sommes pour aliments que cette disposition de la loi ne permet point de saisir? Elle a pour fondement un principe d'humanité et de justice; c'est ce même principe d'humanité et de justice qui réclame la conservation à l'ouvrier d'une partie de son salaire. Ce serait donc manquer à l'objet de l'art. 581 et en dénaturer l'esprit, que de ne point étendre sa protection au salaire de l'ouvrier.

Quelque puissant que fût cet appel à l'humanité, la Cour, instituée pour veiller à l'inflexible observation du droit, n'a pas cru pouvoir l'entendre. Elle a interprété l'art. 581 en ce sens, qu'il n'établissait point une exception générale au principe de l'art. 2093 pour toutes les sommes qui auraient un caractère alimentaire, mais que son application devait être restreinte aux cas où ces sommes proviendraient de la libéralité d'un tiers et où elles auraient été constituées par testament ou par acte de donation. Le moyen de cassation qui était emprunté à cet article, une fois écarté, elle a maintenu la sentence du tribunal de Mende par le motif que le principe sur lequel elle reposait ne comportait d'autres dérogations que celles qu'aurait formellement sanctionnées le législateur lui-même.

Nous ne pouvons nous dissimuler la gravité de l'argument tiré par la Cour de cassation du texte même de l'art. 581.

Le premier paragraphe de cet article en limite l'application aux seuls objets prévus par la loi ; et les troisième et quatrième paragraphes, en parlant également du testateur ou donateur, du testament ou de la donation, semblent bien exiger, comme condition essentielle de l'insaisissabilité des sommes alimentaires, qu'elles aient leur origine dans un acte de constitution gratuite de la part d'un tiers.

L'art. 582, ainsi que le remarquait la Cour, vient confirmer cette induction, en levant l'interdiction de saisir pour les créanciers postérieurs à l'acte de donation ou à l'ouverture du legs qui obtiendraient à cet effet une permission du juge.

Et pourtant nous avons peine à souscrire à une doctrine si rigoureuse ! Notre esprit se résout difficilement à admettre que le législateur ait pu vouloir que le travail d'un homme fût si complétement affecté à l'acquittement de ses dettes, qu'il ne pût pas même prélever sur le salaire de chaque jour de quoi subvenir chaque jour aux plus impérieux besoins de sa famille, à la subsistance de ses enfants !

Dans l'espèce, Gosse devait 300 francs à Vincent, et il gagnait 2 francs par jour dans les ateliers de Murgues. En autorisant la saisie de la totalité de ses salaires échus et à échoir jusqu'à due concurrence, Gosse se trouvait donc réduit à travailler pendant six mois environ sans rien recevoir, et dès lors sans autre ressource que l'aumône pour fournir des aliments à sa famille.

Si telle est en effet la loi, nous ne craignons pas d'être désavoué de nos lecteurs en disant qu'une telle loi doit être corrigée. Elle dépasse manifestement le but. Le créancier sans doute a le droit d'exiger de son débiteur qu'il se dépouille de tout ce qu'il possède pour le payer; que les économies qu'il pourra faire sur le produit de son travail, reçoivent cette destination sacrée d'être employées à l'acquittement de ses engagements. Mais il ne saurait rien demander de plus; et ce terme atteint, son droit doit céder au droit supérieur du débiteur, de vivre de son travail, de prendre sur son gain quotidien de quoi pourvoir à l'existence de sa famille. Dans les cas même où le créancier est autorisé par la loi à le priver, au moyen de la contrainte par corps, de la faculté de travailler, il ne peut user de ce droit extrême qu'à la condition de lui assurer les aliments nécessaires. Notre société n'admet plus, grâce à Dieu, la règle des sociétés barbares, et de Rome même à son origine : *Aut œre, aut cute solvat.*

Aussi, de tout temps, les juges ont-ils cherché à apporter de justes adoucissements à l'application trop rigoureuse de la règle des art. 2092 et 2093 aux produits du travail de l'homme. On n'a point oublié l'arrêt du conseil du 21 mars 1749 qui déclara insaisissable, au profit de Crébillon, la recette d'une de ses tragédies.

La Cour de Paris, dans un arrêt du 29 juillet 1811, a prononcé, sous l'empire d'une semblable considération, que les appointements d'un employé ne pouvaient être saisis pour le tout. Une jurisprudence identique s'est établie au profit des acteurs, sur l'autorité de plusieurs arrêts des Cours de Lyon et de Paris; et bien qu'elle ait été combattue par d'éminents jurisconsultes, M. le président de Belleyme l'adopte dans son *Traité des Ordonnances sur référés*. Il assimile les traitements des employés et des artistes à des pensions alimentaires, et professe qu'ils ne peuvent être saisis que pour une portion, par analogie avec la disposition finale de l'art. 582.

On ne peut qu'applaudir à ces efforts de la jurisprudence. Alors même qu'ils ne trouveraient dans la législation aucun appui réel, mieux vaudrait encore voir les juges, sous l'impérieuse inspiration de leur conscience, apporter quelque tempérament à la sévérité du droit, que d'avoir à déplorer les funestes effets d'une trop stricte observation d'un principe. Car le premier des devoirs du juge, c'est de respecter l'équité et d'y conformer ses sentences.

Mais nous ne saurions croire que la législation fasse réellement défaut à la jurisprudence, lorsqu'elle marche dans cette voie, et la Cour de cassation aurait pu, à notre avis, sans manquer à l'objet de son institution, faire une plus large part aux exigences de l'humanité.

Ce n'est point assurément dans la loi du 21 ventôse an IX que nous chercherons la justification de notre opinion. Quelques tribunaux ont invoqué cette loi, il est vrai, pour motiver, au profit des employés et des artistes, une dérogation au principe général de l'art. 2093. Mais cette loi n'est faite que pour les employés des administrations publiques. C'est moins en vue de leur propre intérêt que dans celui de l'État, qui a besoin de leur travail et dont les services ne sauraient être interrompus sans un grave danger, qu'elle a mis une portion suffisante de leurs appointements hors des atteintes de leurs créanciers. Cette loi, et les autres du même genre, ne sauraient donc nous fournir une raison de décider; c'est à bon droit que les tribunaux ont refusé, en général, d'en faire l'application à la difficulté; car elles ne peuvent tout au plus être invoquées qu'à titre d'analogie.

Les dispositions des lois des 11 et 18 avril 1831, qui déclarent insaisissables les pensions des armées de terre et de mer, présenteraient peut-être une plus légitime induction. La faveur attachée à ces pensions n'a plus, en effet, sa source dans l'intérêt de l'État. C'est une récompense des services passés, et l'intérêt des pensionnaires est l'unique cause du privilége qui leur est concédé. Cependant la nature toute spéciale de ces lois et des pensions qu'elles protégent, nous semble faire obstacle à ce qu'elles deviennent le fondement d'une théorie applicable dans le droit commun.

C'est seulement dans les dispositions de nos Codes que nous pouvons rencontrer la confirmation de notre thèse, et c'est de leur combinaison entre elles que nous essaierons de la faire sortir.

L'art. 1244 du Code Napoléon, qui autorise le juge à accorder des délais au débiteur, lorsqu'une condamnation est poursuivie contre lui, nous paraît, à plus forte raison, lui permettre de modérer les effets d'une saisie, quand il reconnaît que la maintenir dans son intégralité, ce serait compromettre l'existence du débiteur. Car en réduisant le chiffre des sommes saisies-arrêtées au profit du créancier, que fait-il autre chose que de proroger le terme de l'entier acquittement de la dette? Il pourrait, d'après l'art. 1244, reculer l'époque du premier paiement et paralyser ainsi, pendant un certain temps, le droit du créancier dans son exercice même. Il laisse ce droit s'exercer et ne fait qu'atténuer la rigueur de l'exécution, lorsqu'il se borne à affranchir de la saisie la portion du salaire du débiteur indispensable à ses besoins. La jurisprudence des Cours de Paris et de Lyon et la doctrine de M. de Belleyme, trouvent donc une base solide dans cette disposition constitutive des pouvoirs du juge, qui tient dès lors essentiellement à l'ordre public.

Mais ce n'est point assez pour nous. L'art. 1244 ne crée pour les juges qu'une faculté. S'ils refusent d'user de leurs pouvoirs, le débiteur ne peut, quelque dure que soit leur décision, se plaindre d'une violation de la loi. Si nous n'avions donc que cet article à invoquer, il est évident que l'arrêt du 22 novembre 1853 échapperait à toute critique. Le blâme ne pourrait atteindre que la décision du tribunal de Mende.

C'est surtout dans l'art. 592 du Code de procédure et dans son rapprochement avec l'art. 581, que nous puisons les éléments de notre conviction.

Cet article a pour objet d'empêcher que, même dans les saisies-exécutions, le créancier puisse pousser la rigueur de son droit jusqu'à priver son débiteur des moyens de subsister. Alors même qu'il est armé d'un jugement, qu'il a obtenu contre lui une condamnation sans délai, la loi ne souffre pas qu'il se montre impitoyable, et elle l'oblige à respecter le droit de vivre par son travail que l'humanité réclame pour le débiteur.

En effet, outre le vêtement et le coucher, outre les provisions indispensables pour faire face aux premiers besoins du saisi et de sa famille, cet article ordonne qu'on laissera à l'artisan les outils nécessaires à ses occupations personnelles. En le décidant ainsi, l'intention du législateur ne saurait être douteuse. Le vêtement, les provisions qu'il réserve au saisi ne dureront qu'un temps; il faut qu'il puisse les renouveler; il faut qu'il puisse vivre le mois qui suivra la saisie; il faut donc qu'il conserve pour l'avenir son gagne-pain.

Mais à quoi bon, si les créanciers ont le droit de mettre par avance la main sur le produit entier de son travail, et si le juge, qui n'aurait pas pu les autoriser à se payer sur les outils de l'ouvrier, peut leur permettre de s'attribuer tout le salaire qu'il se procurera dans l'exercice de son métier, sans en rien abandonner aux nécessités de sa famille? Est-ce donc dans l'intérêt des créanciers, et uniquement afin de conserver au débiteur les moyens de compléter le paiement de ses dettes, même au prix de son existence, que la loi a défendu qu'on lui enlevât ses outils ? Non, évidemment ; car les créanciers sont seuls juges de leur intérêt, et s'ils aimaient mieux se payer immédiatement d'une portion de leurs créances à l'aide de la vente de ces outils, que de tenter la chance d'être plus tard intégralement payés par le travail de leur débiteur, il n'y aurait aucune raison pour leur imposer le choix d'un autre parti.

C'est donc en faveur de l'artisan qu'est écrite cette disposition de l'art. 592. Le créancier peut tout lui enlever, excepté les aliments nécessaires pour le présent, et les moyens de travailler dans l'avenir. Là cesse son droit.

Mais qu'imaginer de plus inconséquent que d'assurer à l'ouvrier la conservation des instruments de son travail, afin qu'il conserve le moyen de vivre, et de tolérer qu'on lui arrache tout le produit de son travail, sans même lui laisser les aliments indispensables à son existence ?

Tel serait cependant le système adopté par la loi, si l'arrêt de la chambre des requêtes en avait fait la saine et inévitable application. Mais la contradiction qu'il consacre est tellement choquante, qu'il n'est pas possible de croire que cet arrêt ait véritablement saisi la pensée du législateur.

L'art. 581, en thèse générale, met à l'abri des atteintes des créanciers les choses que la loi déclare insaisissables ; c'est l'objet de son premier paragraphe ; et si, dans les suivants, il détermine lui-même quelques-unes des choses qui doivent échapper à leur droit, cette énumération n'a rien de limitatif, on ne saurait le méconnaître. Il ne restreint pas lui-même la portée de la règle qu'il pose.

L'art. 592 déclare insaisissables, et place conséquemment sous la protection de cette règle les outils nécessaires à l'ouvrier pour ses occupations personnelles. Cette disposition dérive d'un principe plus élevé, celui qui affranchit le travail lui-même de l'action des créanciers. Mais si la liberté et le droit de travailler pour vivre ne peuvent être paralysés par leur poursuite, ce principe n'a-t-il pas pour conséquence immédiate et nécessaire que le produit du travail du débiteur, dépouillé de toute autre ressource, n'est pas plus susceptible que le droit lui-même de travailler, de lui être enlevé par ses créanciers, en tant du moins qu'il n'excède pas ses besoins ; et que, dans cette mesure, il se trouve garanti par l'interdiction de saisir promulguée dans l'article 592, aussi bien que les instruments du travail eux-mêmes?

C'est ainsi que le salaire de l'ouvrier nous paraît devoir rentrer dans les termes de la règle générale du premier paragraphe de l'art. 581, au moins pour la quotité que le juge reconnaîtra indispensable à la subsistance de sa famille. Car l'excédant, s'il y en a, ne saurait jouir du même privilége. L'art. 581, en effet, établit comme une des conditions essentielles de l'insaisissabilité des sommes d'argent, qu'elles aient le caractère alimentaire; ce n'est qu'en considération de cette destination qu'il les soustrait à l'action des créanciers. Cette condition est trop évidemment conforme à la pensée qui a inspiré l'art. 592, pour faire aucune difficulté de l'étendre aux dispositions de cet article. Si donc le salaire de l'ouvrier dépasse ses besoins, nous n'hésitons pas à décider que les juges, qui ne pourraient jamais valider la saisie de la totalité, pourront déterminer, par application de l'art. 582, la portion pour laquelle il deviendra saisissable et celle qui devra lui être réservée intacte; et nous ne croyons pas en cela mériter le reproche de tomber en contradiction avec le principe même de notre opinion, qui a été, bien à tort, adressé à la doctrine de M. de Belleyme, ni en justifier la condamnation par cette concession qui concilie, si nous ne nous trompons, tous les intérêts et leur donne également à tous la légitime satisfaction qui leur est due.

Le lecteur appréciera si ce système est proscrit par le texte de la loi, ainsi que l'a jugé la chambre des requêtes; ou si, au contraire, il ne répond pas mieux à son but et à sa pensée que celui qu'elle a confirmé par son arrêt du 22 novembre 1853. Peut-être, alors même que la démonstration n'en serait pas entièrement concluante et qu'elle laisserait place au doute, n'en aurait-il pas moins dû prévaloir. Car il est des questions qu'il vaut mieux juger avec le cœur qu'avec la raison, si on ne peut les accorder. Mais, encore un coup, notre esprit se refuse à croire que le législateur n'ait pas voulu sur ce point mettre les règles qu'il promulguait en harmonie avec les principes de l'humanité, qu'il s'est toujours attaché, pour son honneur, à respecter religieusement; et nous tenons pour certain que le juge ne saurait fausser la loi en étendant au salaire de l'ouvrier les tempéraments d'équité et d'humanité que la jurisprudence des Cours de Paris et de Lyon a appliqués aux appointements des employés et des artistes.

2. — MONTPELLIER, 22 AOUT 1850 et 24 DÉC. 1852. — Devil., 53,

2, 686. — Ces arrêts de la Cour de Montpellier présentent à notre examen plusieurs questions intéressantes relativement au droit que l'art. 1798 du Code confère aux ouvriers employés par un entrepreneur contre le propriétaire pour le compte duquel les ouvrages sont exécutés. Elles ne nous paraissent pas avoir été toutes résolues avec une irréprochable exactitude.

Ces deux arrêts proclament très-nettement que l'action ouverte aux ouvriers par l'art. 1798 est une action directe. Ils lui assignent ainsi son véritable caractère et ne font en cela que consacrer la doctrine maintenant admise sans controverse par les auteurs et la jurisprudence.

M. Delvincourt seul l'avait contestée; il n'avait vu dans l'article 1798 qu'une simple application du principe général posé dans l'art. 1166, et les ouvriers n'étaient à ses yeux que des créanciers ordinaires exerçant les droits de leur débiteur contre celui pour lequel il avait entrepris les travaux achevés avec leur participation. Mais, depuis, MM. Duranton, Duvergier, Troplong et Marcadé ont combattu cette opinion et en ont démontré la fausseté. A quoi bon, en effet, un article spécial pour assurer aux ouvriers non payés, contre le propriétaire, une action qui leur appartiendrait déjà d'après la disposition plus large de l'art. 1166? A quoi bon la limiter à ce qui reste dû par celui-ci à l'entrepreneur, leur débiteur, s'ils ne procédaient pas en vertu d'un droit à eux propre et parfaitement indépendant de celui de ce débiteur? Et cette distinction ne touche pas seulement à l'exactitude de la théorie. Elle a aussi une grande importance dans la pratique, puisque l'ouvrier, agissant comme créancier ordinaire dans les termes de l'art. 1166, devrait souffrir le concours de tous autres créanciers de l'entrepreneur, tandis qu'armé d'une action spéciale et directe, il n'a point à entrer avec eux en partage des sommes dont il obtient le paiement. Il substitue son droit à celui de son debiteur en intentant son action, et c'est lui qui, de ce moment, devient, par l'effet de l'art. 1798, le créancier du propriétaire.

C'est ce qu'avait déjà décidé la Cour de Douai dans deux arrêts de 1833, et les deux arrêts nouveaux de la Cour de Montpellier ont avec raison suivi cette doctrine.

3. — Mais si cette Cour a défini de la manière la plus juridique la nature de l'action créée par l'art. 1798, ce point est le

seul sur lequel les solutions qu'elle a adoptées nous paraissent devoir être approuvées.

Elle a émis dans ses deux arrêts une théorie beaucoup trop absolue, lorsqu'elle a déclaré que cet article ne distinguant pas entre l'ouvrier qui a fourni la matière et celui qui n'a fourni que son travail manuel, l'action personnelle et directe contre le propriétaire appartient également à l'un et à l'autre.

La Cour de Lyon, dans un arrêt du 21 janvier 1846, avait donné de cette disposition une interprétation plus saine, en refusant cette action exceptionnelle aux fournisseurs de matériaux et en la réservant exclusivement à l'ouvrier créancier du salaire de son travail.

L'art. 1798 n'est point, en effet, comme l'a pensé la Cour de Montpellier, une simple application du principe d'équité, que *nul ne doit s'enrichir aux dépens d'autrui*. Car si cette idée était juste, il faudrait étendre l'action directe et personnelle contre le propriétaire à tous ceux qui ont coopéré à l'exécution de l'ouvrage entrepris pour son compte, non-seulement de leur travail manuel, mais encore de leur bourse. Ainsi, non-seulement les ouvriers pourraient se constituer les créanciers directs et personnels du propriétaire, tant qu'il devrait quelque chose du prix de l'entreprise, mais aussi les vendeurs de matériaux qui n'ont livré que leurs marchandises, et même les prêteurs qui ont avancé à l'entrepreneur les fonds nécessaires pour l'accomplissement de son marché. Or, personne n'a jamais imaginé de soutenir que ces fournisseurs et ces bailleurs de fonds acquièrent, par le seul fait de la vente des matériaux ou du prêt de leur argent, aucun droit propre sur le prix dû par le propriétaire, et qu'ils puissent dès lors écarter les autres créanciers de l'entrepreneur qui se présenteraient en concurrence avec eux pour se faire payer sur ce prix. Les actions du droit commun leur sont seules ouvertes, et c'est uniquement de l'art. 1166 qu'ils peuvent s'armer pour réclamer le paiement des sommes dues à l'entrepreneur, leur débiteur.

L'action spéciale de l'art. 1798 n'est instituée, au contraire, qu'en vue de garantir le salaire de l'ouvrier qui a loué son travail; c'est une faveur, ou plutôt une protection que le législateur a cru devoir accorder à sa situation digne d'un intérêt tout particulier. Ce qui le prouve, c'est la place même de cet article parmi les dispositions destinées à régler le louage d'ouvrage.

S'il a été placé dans ce titre du Code et n'a point été reproduit dans ceux relatifs à la vente ou au prêt, c'est donc qu'il ne doit recevoir d'application que lorsqu'il y a eu louage d'ouvrage, et non dans les cas où il s'agit de l'exécution d'un tout autre contrat.

Or, lorsque l'ouvrier, au lieu de fournir simplement son travail, se charge aussi de la fourniture des matériaux, quel est le contrat qu'il forme?

Sans doute, si les fournitures de matériaux ne peuvent être considérées que comme des accessoires nécessaires de la matière sur laquelle l'ouvrage doit être accompli, elles ne sauraient transformer le louage en une vente. Car celui qui fait travailler livrant alors à l'ouvrier la matière principale, l'obligation de l'ouvrier consiste surtout à la mettre en œuvre; et, si le contrat se mélange de vente, il n'en demeure pas moins au fond un louage de services. Ainsi, entre le propriétaire qui fait construire sur son terrain, et l'entrepreneur qui s'engage à y élever un édifice, il ne peut jamais y avoir qu'un contrat de louage, encore que l'entrepreneur fournisse les matériaux en même temps que le travail.

Mais en est-il de même entre l'entrepreneur et l'ouvrier qui s'oblige à fournir, indépendamment de son travail, non-seulement les accessoires nécessaires du travail et de la matière principale (comme si un maçon recevant la pierre à bâtir ne livrait que le mortier), mais encore toute la matière sur laquelle doit s'exercer son industrie? En est-il de même, lorsque l'ouvrier se constitue sous-entrepreneur d'une portion de l'entreprise, de la maçonnerie, par exemple, ou de la serrurerie?

Le contrat qui se passe entre l'ouvrier et l'entrepreneur est complétement indépendant de celui qui a été formé entre l'entrepreneur et le propriétaire pour lequel l'ouvrage s'accomplit. Aussi parce que celui-ci a fourni le terrain et qu'il n'y a conséquemment entre lui et l'entrepreneur qu'un louage d'ouvrage, ce n'est point une raison pour que l'engagement du sous-entrepreneur constitue nécessairement un louage. Car si, à l'inverse, l'entrepreneur s'était obligé à construire sur son propre terrain, il aurait fait une vente, et l'engagement vis-à-vis de lui des ouvriers qui ne fourniraient que leur travail, n'en demeurerait pas moins un louage d'ouvrage qui donnerait ouverture, à leur profit, à l'action directe de l'art. 1798.

Il faut donc faire abstraction des rapports de celui qui fait construire avec l'entrepreneur, pour déterminer la nature du contrat qui intervient entre celui-ci et le sous-entrepreneur. Or ce contrat, à nos yeux, présente plutôt les caractères d'une vente que d'un louage. C'est une véritable opération de commerce, dans laquelle la fourniture de la matière forme le principal, parce qu'elle est l'objet le plus important, celui que les parties ont eu surtout en vue et celui qui doit procurer au sous-entrepreneur la presque totalité de son bénéfice. Elle ne diffère de la vente pure et simple de matériaux que par l'obligation qu'a prise le sous-entrepreneur de livrer la matière tout ouvrée et posée. Le travail manuel n'est plus là que l'accessoire; il ne saurait plus imprimer au contrat le caractère d'un simple louage d'ouvrage, et dès lors la sous-entreprise doit être considérée comme une vente, bien que mélangée de louage dans une certaine mesure.

Mais si ce contrat est une vente, la conséquence immédiate et inévitable, c'est qu'il y a une grande distinction à faire entre l'ouvrier qui fournit seulement son travail, et celui qui fournit à la fois son travail et la matière; et qu'ainsi la Cour de Montpellier a établi une fausse doctrine en assimilant la situation des uns et des autres. L'art. 1798 n'étant fait qu'au profit de l'ouvrier qui loue ses services, en faveur du travail manuel et pour en garantir le salaire, il ne pouvait être invoqué pour protéger une opération de commerce, une vente à laquelle il devait rester, dans la pensée du législateur, complétement étranger. C'est donc à tort que les arrêts que nous examinons ont accordé à des sous-entrepreneurs le bénéfice de l'action directe et personnelle contre le propriétaire, laquelle ne pouvait appartenir qu'à des ouvriers pour le paiement de leur salaire.

L'erreur de la Cour de Montpellier ressortirait de la manière la plus manifeste dans le cas où les ouvriers du sous-entrepreneur, n'étant pas payés de leurs salaires, se présenteraient en concurrence avec le sous-entrepreneur lui-même, qui ne l'aurait pas été non plus du prix de sa sous-entreprise, pour exercer l'action créée par l'art. 1798 contre le propriétaire, et où celui-ci ne devrait plus qu'une portion de son prix insuffisante pour solder à la fois les salaires des ouvriers et les fournitures du sous-entrepreneur. Le texte, comme l'esprit de cet article, feraient assurément prédominer le droit des ouvriers, puisque c'est expressément dans leur intérêt qu'il dispose; c'est à eux que devrait être réservée l'action directe et personnelle pour l'intégralité de leur créance. Mais alors puisque, dans ce cas, la loi exclurait le concours entre eux, et le sous-entrepreneur s'opposerait à une répartition, c'est donc qu'aux ouvriers seuls appartient cette action spéciale, et que le sous-entrepreneur doit se contenter des seules ressources que lui offre le droit commun, et notamment l'art. 1166.

4. — L'arrêt du 24 décembre 1852 avait en outre à statuer sur la validité d'une cession faite par l'entrepreneur des sommes qui lui restaient dues par le propriétaire, et notifiée par le cessionnaire à celui-ci avant que l'ouvrier eût introduit l'action ouverte en sa faveur par l'art. 1798. Cette cession devait-elle primer, et par conséquent réduire à néant le droit de l'ouvrier, ou devait-elle au contraire s'évanouir pour laisser à ce droit toute son efficacité ?

La Cour de Montpellier a frappé la cession de nullité, quoiqu'elle ne fût point arguée de fraude. La même solution a été suivie par le tribunal de Château-Chinon, dans un jugement du 11 février 1853, réformé le 13 juin suivant par la Cour de Bourges, et par celui de la Seine, dans un jugement du 21 avril de la même année, dont la Cour de Paris a confirmé le dispositif, mais par d'autres motifs et sans en adopter la doctrine sur le point qui nous occupe.

La Cour de Lyon, au contraire, dans son arrêt du 21 janvier 1846, celle de Bourges, et enfin la Cour de cassation, dans un récent arrêt du 18 janvier 1854, ont maintenu la validité de la cession et fait prévaloir le droit du cessionnaire.

Notre regrettable prédécesseur, M. Marcadé, s'était prononcé en ce sens, et nous croyons que son opinion doit être préférée.

L'art. 1798 restreint en effet le droit des ouvriers à la portion du prix dont le propriétaire se trouve débiteur envers l'entrepreneur au moment où leur action est intentée. Il ne leur crée donc pas un droit de gage exclusif sur ce prix et ne le rend point indisponible entre les mains du propriétaire à leur profit, et tant qu'ils ne sont pas payés. L'entrepreneur peut, au contraire, le toucher et en disposer suivant ses besoins. Il lui est permis dès lors de le céder, pourvu que ce soit de bonne foi et sans fraude au regard des ouvriers qu'il emploie, et le cessionnaire peut faire valoir les droits qui ont pu lui être transportés.

Le seul argument qui sert de base au système de la Cour de Montpellier, consiste à invoquer le principe que le cessionnaire n'a pas plus de droit que le cédant. Or, dit-on, si l'entrepreneur se présentait en concours avec les ouvriers pour réclamer le reliquat de son prix, son droit céderait au leur. Ceux-ci, en introduisant leur action, se substituent comme créanciers à l'entrepreneur qui n'a désormais plus rien à prétendre qu'après qu'ils auront été désintéressés. Le cessionnaire ne saurait être armé d'un droit plus énergique, et il ne peut conséquemment paralyser l'action des ouvriers sur les sommes à lui cédées qui sont encore aux mains du propriétaire, puisque l'entrepreneur ne le pourrait pas faire.

Cette argumentation pèche par la base. Sans doute, lorsque les ouvriers ont formé leur action, le droit de l'entrepreneur n'est plus intact ; il ne subsiste plus que sur la portion du prix qui excède leur créance. Mais tant qu'elle n'a pas été *intentée*, il a la libre et entière disposition des sommes à lui dues, puisque le droit restrictif des ouvriers n'a pas encore pris naissance. La cession qu'il fait alors est donc celle d'un droit de créance entier et pleinement efficace, et celui qui a acquis ce droit de bonne foi ne peut plus le voir s'anéantir en sa possession par une cause dérivant uniquement des relations qui se produiraient dans la suite entre le débiteur cédé et des tiers par la faute ou le dol du cédant. C'est donc bien à tort que ce système s'appuie sur la maxime *nemo plus juris*, laquelle reste ici sans application.

Pour que la doctrine de la Cour de Montpellier se soutînt, il faudrait que la loi eût concédé aux ouvriers, dans l'art. 1798, un privilége indépendamment d'une action directe contre le propriétaire. Alors, en effet, le prix étant rendu indisponible au préjudice de leur droit par une affectation légale, une cession ne serait point susceptible de prévaloir contre lui et ne pourrait avoir d'effet qu'après qu'ils seraient désintéressés. De même alors, avant d'être réalisé par l'introduction d'une action, ce droit n'aurait aucune atteinte à souffrir ni d'une saisie-arrêt validée par la justice, ni d'une constitution de la créance en nantissement qu'il primerait comme privilége de premier ordre.

Mais la loi n'a point entendu accorder aux ouvriers une garantie aussi exorbitante. Elle les a seulement admis à se substituer à l'entrepreneur vis-à-vis du propriétaire, dans la limite des droits que l'entrepreneur aurait encore contre celui-ci au moment de leur intervention. Par suite, antérieurement à cette intervention, une constitution de gage créerait un privilége efficace au créancier auquel elle aurait été consentie, sur les sommes encore dues à l'entrepreneur; une cession forcée, résultant d'une saisie-arrêt validée par justice, assurerait les droits du saisissant; et, par une application analogue des mêmes principes, une cession conventionnelle, faite sans fraude, ne peut être anéantie par l'exercice tardif du droit tout particulier qui est établi par l'art. 1798.

En l'absence d'un privilége que la loi n'a point créé, qu'elle a au contraire entendu proscrire, le droit des ouvriers sur le prix ne peut naître que par l'exercice de leur action. Jusqu'à ce moment, il n'existe point pour eux, et conséquemment ils ne peuvent se plaindre des actes faits sans fraude par lesquels l'entrepreneur dispose de sa créance.

Et l'art. 1798, d'ailleurs, n'a pas besoin d'être étendu par la jurisprudence au delà de ses termes. Il forme par lui-même une garantie déjà bien suffisante pour la protection des droits de l'ouvrier, s'il est diligent et s'il veille à ses intérêts, et le préjudice, ou, si l'on veut, la fraude que l'entrepreneur voudrait organiser contre lui au moyen de cessions anticipées, ne pourra pas facilement l'atteindre. Son salaire en effet n'est pas d'ordinaire stipulé à long terme; il devient exigible à courtes échéances, sinon de jour en jour. Si donc l'ouvrier n'attend pas l'achèvement des ouvrages auxquels il est employé, pour se prémunir contre la mauvaise volonté ou l'insolvabilité de l'entrepreneur, comme la cession ne peut valablement saisir le cessionnaire au regard des tiers de la propriété de créances actuellement non existantes (à la différence de celles qui ne seraient pas encore exigibles), et que la créance de l'entrepreneur ne prend l'être que par l'exécution de tout ou portion des ouvrages qu'il s'est engagé à faire, ainsi que l'ont décidé les arrêts de la Cour de cassation des 7 août 1843 et 18 janvier 1854, il ne sera pas difficile à l'ouvrier de réaliser en temps opportun le droit que lui ouvre l'article 1798, et d'intenter son action avant même que celui de l'entrepreneur se soit assis définitivement sur sa tête et soit devenu disponible à sa volonté.

Ainsi s'évanouissent les considérations d'équité qu'on tenterait d'évoquer pour faire fléchir l'application exacte des règles de la matière. L'équité, loin d'en être blessée, milite au contraire avec les principes du droit pour commander aux tribunaux le respect des cessions faites sans fraude par l'entrepreneur, du prix à lui dû, et légalement disponible à son profit. Car il ne faut pas que les tiers qui ont contracté de bonne foi avec lui, soient induits en un inévitable préjudice par l'effet de la négligence des ouvriers à mettre leur droit en œuvre, et il est de l'intérêt de ceux-ci eux-mêmes que les sources du crédit ne se tarissent pas pour lui.

A tous les points de vue donc, la doctrine de l'arrêt du 24 décembre 1852 nous paraît devoir être condamnée, et nous pensons qu'il convient de se rallier au système contraire plus récemment sanctionné par la Cour suprême.

5. — GRENOBLE, 20 JANVIER 1853. — Dev., 53, 2, 716. — La Cour de Grenoble avait à décider dans l'affaire jugée par cet arrêt si les présomptions légales, établies par les art. 312, 314 et 315 du Code pour fixer la légitimité des enfants, doivent aussi régir les questions de successibilité en ligne collatérale.

Dans l'espèce, l'enfant d'un premier lit étant mort après le second mariage de son père et 292 jours avant la naissance d'un enfant du second lit, sa succession était-elle dévolue de droit à cet enfant sur la présomption qu'il aurait été conçu dès le trois centième jour avant celui de l'accouchement, et que, dès cette époque, il aurait eu l'aptitude légale d'hériter de son frère?

La Cour de Grenoble, suivant en cela les traditions constantes de la jurisprudence, a étendu au règlement de la succession litigieuse l'empire de la présomption légale consacrée par l'art. 315, et elle l'a en conséquence attribuée à cet enfant.

Indépendamment de considérations tirées de l'incertitude qui entoure nécessairement le fait de la conception et de la bizarrerie qu'il y aurait à ne pas suivre, lorsqu'il s'agit de successions collatérales, la règle à laquelle est subordonnée la successibilité en ligne directe, la Cour a appuyé sa décision sur une argumentation en droit qui peut se résumer en ces termes : Le législateur, dans l'art. 315, a fixé d'une manière absolue l'état et la légitimité des enfants. Or cet état est indivisible. Donc il doit également servir de base au règlement de leurs droits en toutes successions directes ou collatérales.

Cette doctrine est d'ailleurs enseignée par le plus grand nombre des commentateurs du Code.

Cependant, quelque autorité qui s'attache à une jurisprudence confirmée par de nombreux arrêts, et par la Cour de cassation elle-même, et à l'opinion de jurisconsultes aussi éminents que

MM. Delvincourt, Toullier, Zachariæ, nous croyons que c'est avec raison qu'elle a été combattue, surtout dans ces derniers temps, par MM. Coin-Delisle, Marcadé et Demolombe.

La règle qui assure le bénéfice de la légitimité à tout enfant dont la conception, en supposant qu'elle se place dans l'intervalle de temps écoulé entre le cent quatre-vingtième et le trois centième jour avant sa naissance, pourrait être une conception légitime, est une fiction légale. Le législateur a substitué à la vérité des faits, toujours enveloppés de quelque incertitude, sa seule volonté; il a défendu au juge de consulter la nature, et lui a imposé la décision qu'il aurait à rendre, encore qu'elle dût, dans bien des cas, contrarier de la manière la plus évidente les notions les plus élémentaires de la science médicale, et outre-passer les limites du possible.

Une pareille loi ne peut être justifiée que par l'importance de son objet. S'il ne s'agissait que de simples intérêts de fortune, elle excéderait assurément le but. Mais l'état des personnes, la paix et la constitution des familles tiennent à l'ordre public; il fallait que le sort des enfants fût garanti, et l'honneur des mères couvert avec le plus grand soin. La justice exigeait qu'en aucun cas ils ne pussent être sacrifiés; car c'eût été un malheur bien plus réel de priver un seul enfant de son droit de légitimité dans les circonstances même les plus exceptionnelles, que d'en prodiguer gratuitement le bénéfice à cent enfants en dépit des lois ordinaires de la nature. Dans la première hypothèse, on aurait dépouillé l'enfant de son état, de son rang dans la société; on l'aurait frappé dans son être même. Dans la seconde, au contraire, on ne risquait jamais de léser que quelques intérêts pécuniaires.

Voilà pourquoi le législateur, sans tenir compte des impossibilités naturelles, abrégeant ou allongeant outre mesure, selon le besoin, le temps de la gestation, a fixé au trois centième jour la conception même d'un enfant évidemment venu avant terme, lorsqu'elle n'a pu être légitime qu'à la condition d'avoir eu lieu ce jour-là, et au cent quatre-vingtième jour seulement celle d'un enfant né avec tout son développement, lorsque, placée à un jour plus éloigné, elle cesserait d'être légitime.

Mais les présomptions légales doivent être rigoureusement limitées aux cas pour lesquels elles sont créées. Ce principe de bon sens et de législation doit être d'autant plus sévèrement respecté que la présomption fait plus évidemment violence à la réalité et tient moins de compte des faits. A ce titre, nulle ne doit être circonscrite avec plus de soin dans le cercle d'application tracé par le législateur, que celle qui nous occupe.

Or, c'est au titre de la filiation que sont rangés les art. 312 et suivants. Leur rédaction est toujours restrictive et spéciale à la seule question de filiation. Ils ne renferment pas un seul mot qui autorise à en étendre les dispositions à d'autres matières.

Aucun texte, d'ailleurs, lorsqu'il s'agit de l'aptitude à succéder, ne porte renvoi à ces règles.

Les inductions que nous offre la rédaction de la loi, examinée d'après le principe qui domine l'application des présomptions légales, nous conduisent donc à repousser l'extension donnée par la jurisprudence à la règle de l'art. 315.

Cette extension ne saurait, en outre, se concilier avec l'objet précis et véritable des présomptions établies par les art. 312 et suivants.

Cet objet, c'est en effet de rattacher la conception de l'enfant au mariage, lorsqu'en calculant le temps ordinaire de la gestation, elle se placerait en dehors et recevrait par suite une empreinte d'illégitimité. Les termes extrêmes, déterminés pour la plus longue ou la plus courte durée légale de la gestation, doivent alors être adoptés par le juge, s'ils peuvent faire attribuer au mari la conception. Mais quelle nécessité y a-t-il de déroger aux lois de la nature et de changer les termes ordinaires de la gestation et de la conception, lorsque ces lois suffisent à assurer la légitimité de l'enfant, et que ces termes se placent d'eux-mêmes dans le mariage? La fiction, cessant alors d'être utile, doit perdre son autorité d'emprunt et céder la place à la réalité.

De quel droit d'ailleurs, si les présomptions légales pouvaient encore subsister, choisir entre les deux termes qu'elles assignent à la durée de la gestation? Quand l'un de ces termes seulement peut lier la conception à l'existence du mariage, la loi ordonne de s'y arrêter, que ce soit le plus long ou le plus court, parce que c'est ce terme seul qui peut lui imprimer le caractère de la légitimité. Mais quand tous deux remplissent également le but de la loi, et que la conception se rattache au mariage aussi bien en se tenant au plus court qu'en remontant au plus long, aucune disposition ne prescrit de préférer l'un à l'autre, et ce serait arbitrairement qu'on prétendrait faire prévaloir le plus long sur le plus court de par l'autorité du législateur.

Mais, dit-on, il faut bien reconnaître que les présomptions qui nous occupent, doivent nécessairement régler la dévolution des successions en ligne directe.

Sans doute, mais c'est uniquement par voie de conséquence, parce que, en ligne directe, l'aptitude à succéder est nécessairement subordonnée à la légitimité. Pour être héritier de ses père et mère, il faut nécessairement être enfant légitime, et réciproquement, par cela seul qu'on a le titre et la qualité d'enfant légitime, on est nécessairement appelé à leur succession. La question d'état, qui est principale, emporte inévitablement la solution de la question secondaire de la dévolution des biens.

Mais lorsqu'il s'agit d'une succession collatérale, ce lien intime n'existe plus. Les deux questions de légitimité et de successibilité deviennent indépendantes l'une de l'autre. L'exclusion de la succession d'un oncle ou d'un frère ne porte aucune atteinte à la légitimité, parce que l'enfant peut très-bien avoir été conçu légitimement après la mort de cet oncle ou de ce frère, tandis qu'il ne pourrait pas l'être après la mort de son père et l'ouverture de sa succession. Rien n'est donc plus étranger à la constitution de l'état de l'enfant que son aptitude à succéder en ligne collatérale ou son exclusion d'une pareille succession.

Dès lors il ne subsiste plus aucune raison pour étendre au règlement purement pécuniaire des droits d'un enfant dans une succession collatérale ouverte avant sa naissance les présomptions légales qui ne sont faites que pour garantir la légitimité de sa filiation, et qui ne peuvent réfléchir sur l'attribution des droits héréditaires en ligne directe que parce qu'alors la successibilité étant inséparable de la légitimité, la solution de la question d'état entraîne forcément avec elle la solution de la question pécuniaire. Les présomptions légales ne doivent donc plus être appliquées ; et c'est par les présomptions de l'homme, et d'après les notions de la science médicale, que doit être vidé le litige entre l'enfant qui soutient qu'il était conçu au moment de l'ouverture de la succession et les parents qui la recueilleraient s'il n'existait point.

L'argumentation sur laquelle la Cour de Grenoble a fondé son arrêt, ne saurait le défendre contre nos critiques. Car elle est vicieuse, et le lecteur sent déjà, après les développements dans lesquels nous sommes entré, que la conclusion ne concorde pas avec les prémisses. L'art. 315, dit-elle, fixe l'état de l'enfant ; cet état est absolu ; donc sa légitimité doit déterminer ses droits en succession collatérale aussi bien que directe. Le raisonnement serait juste, si l'enfant ne pouvait être exclu d'une succession collatérale qu'à raison de l'illégitimité de sa conception. Mais comme il n'en est rien et qu'il peut très-bien conserver sa qualité de légitime dans toute son intégrité, tout en restant étranger à une pareille succession parce qu'il aurait été conçu postérieurement à son ouverture, la démonstration de la Cour de Grenoble demeure sans portée.

Quant à l'incertitude qui entoure le fait de la conception et à la singularité qu'il pourrait quelquefois y avoir à fixer suivant des règles différentes l'attribution de deux successions, directe et collatérale, ouvertes à quelques jours de distance, ce ne sont point là des motifs sérieux.

Y aura-t-il donc plus de certitude à se guider par la présomption légale de l'art. 315 que par les présomptions de l'homme, alors qu'une autre présomption légale, également applicable dans l'espèce et empruntée à la même matière, celle de l'art. 314, vient en combattre l'autorité ? La loi dit que l'enfant a pu être conçu trois cents jours avant sa naissance ; mais elle dit aussi qu'il a pu l'être seulement cent quatre-vingts jours avant. Or, comme ces deux époques se placent ici également dans la durée du mariage, et qu'ainsi, aux yeux de la loi, la conception a pu avoir lieu le cent quatre-vingtième jour aussi bien que le trois centième, l'application de l'art. 315 vous donne moins de certitude encore que ne le peuvent faire les présomptions de l'homme auxquelles il vous faudrait avoir recours, si vous vouliez légitimer, par la constatation de la vérité, le choix entre deux présomptions *qui* se présentent avec un degré complétement égal de probabilité.

L'étrangeté des contradictions qui pourraient se produire en jurisprudence, si le juge, après avoir soumis à l'empire des présomptions légales la dévolution d'une succession directe, ne consultait plus que ses présomptions pour accueillir ou repousser les prétentions de l'enfant sur une succession collatérale, n'aurait rien de particulier au sujet qui nous occupe. En toute matière, de pareilles contradictions peuvent naître chaque jour de la mise en œuvre du principe que la chose jugée n'a d'effet qu'entre les parties, et ce n'a point été une raison pour le législateur de se départir de ce principe, d'ailleurs si sage et si fécond en bienfaits, ni pour le juge d'oublier le respect qui lui est dû.

L'application absolue des présomptions légales, établies par les art. 312 et suivants, à l'aptitude de succéder à titre d'enfant conçu, conduirait à une bien plus grande et plus véritable étrangeté. Aux termes de l'art. 314, l'enfant né moins de cent quatre-vingts jours après le mariage, est légitime lorsque le mari ne le désavoue point ; et s'il signe l'acte de naissance, son état ne peut pas plus être contesté que celui de l'enfant né trois cents jours après la dissolution du mariage, suivant l'art. 315. Or, il est certain que la conception de cet enfant est antérieure au mariage, puisque la loi pose le terme de cent quatre-vingts jours comme la plus courte durée de la gestation. Si donc un frère d'un premier lit est décédé avant le second mariage, mais moins de cent quatre-vingts jours avant l'accouchement, l'enfant nouveau-né devrait lui succéder, parce qu'il était conçu au jour de son décès et qu'il est légitime en vertu de la présomption légale.

Un estimable auteur, M. Vazeille, a été entraîné jusque-là. Mais, malgré l'inflexible rigueur des déductions sur lesquelles cette solution repose, ou plutôt peut-être à cause de cette inflexibilité même de logique, elle répugne au bon sens, qui ne saurait accepter cette conception, si manifestement illégitime à son origine, comme un titre pour hériter d'un parent mort avant le mariage, source de toute légitimité, parce que la loi en a effacé le vice et a mis à l'abri des contestations l'état de l'enfant. Aussi la Cour de cassation a répudié cette conséquence extrême de son système, et bien que l'art. 314 déclare légitime l'enfant conçu et né dans de telles conditions, elle a réduit pour lui, dans son arrêt du 11 mars 1811, le bénéfice de cet article à celui d'une légitimation.

En somme, nous croyons erroné et arbitraire le système adopté par les tribunaux, et l'arrêt de la Cour de Grenoble qui vient de le sanctionner une fois de plus, ne nous paraît pas susceptible d'apporter un appui bien ferme à cette jurisprudence. Il ne peut que faire nombre.

6. — Rouen, 1er décembre 1852. — Dalloz, 53, 2, 244. — Cet arrêt a jugé que les créanciers ne peuvent exercer les droits et actions de leur débiteur, aux termes de l'art. 1166, et spécialement provoquer le partage d'une succession à laquelle il est appelé pour partie, s'ils ne l'ont mis en demeure d'agir lui-même et s'ils n'ont ainsi constaté sa négligence, qui est la source unique de leur droit d'agir directement en son lieu et place.

Cette décision nous paraît devoir être complétement approuvée.

Assurément le législateur n'a pas entendu, en promulguant l'art. 1166, conférer au plus mince créancier le pouvoir de s'immiscer sans mesure dans toutes les affaires de son débiteur, de les envahir et de les gaspiller bien plus au préjudice de celui-ci qu'à son propre avantage. Il n'a pas pu vouloir ouvrir à la plèbe des agents d'affaires une occasion de multiplier intempestivement les procédures, à la ruine du malheureux dont ils prétendraient, sous le nom de quelque créancier, faire valoir les droits, et l'obliger à se jeter dans une multitude de procès pour se défendre contre leur dangereuse intervention et se faire réserver l'exercice de ses actions.

C'est donc fort sagement que la Cour de Rouen a repoussé la demande en partage judiciairement intentée par un créancier au nom de son débiteur, sans avoir préalablement établi la négligence ou la mauvaise volonté de ce débiteur par une mise en demeure.

Cet arrêt s'est ainsi rapproché de la doctrine unanimement professée par les auteurs, que l'art. 1166 soumet l'exercice des actions du débiteur par le créancier à la nécessité d'une subrogation conventionnelle ou judiciaire dans ses droits, doctrine qui, à nos yeux, est parfaitement justifiée, soit par les principes, soit par les traditions de notre législation, et que la Cour de cassation n'aurait pas dû repousser par deux récents arrêts des 23 janvier 1849 et 2 juillet 1851.

Nous croyons être agréable à nos lecteurs en publiant ici la consultation que notre éminent et regrettable prédécesseur M. Marcadé avait délibérée pour l'affaire dans laquelle a été rendu le dernier de ces arrêts.

« Quand l'art. 1166 du Code civil, disait-il, autorise les créanciers à exercer eux-mêmes les droits et actions de leur débiteur, entend-il que les créanciers pourront agir *de plano* et faire eux-mêmes, sans aucune condition préalable, ce que le débiteur aurait pu faire, ou bien ne suppose-t-il pas au contraire que les créanciers ne pourront agir qu'en se faisant subroger au lieu et place de leur débiteur, soit par ce débiteur lui-même, soit par la justice ?...

Que cette question doive se résoudre dans le sens de la nécessité d'une subrogation, c'est ce qu'il est facile d'établir autant par les principes considérés en eux-mêmes que par la tradition.

I. — Et d'abord n'est-il pas évident que l'art. 1166, quand il reconnaît au créancier le droit d'exercer au nom de son débiteur les actions de celui-ci, ne fait qu'appliquer aux actions qui appartiennent au débiteur, et qui forment ainsi une partie de son patrimoine, le principe général que les art. 2092-93 posent pour tout l'ensemble de ce patrimoine, en disant que quiconque s'oblige oblige *tous ses biens*, mobiliers ou immobiliers, présents ou futurs, et que tous les biens d'un débiteur, quels qu'ils soient, forment le gage de ses créanciers ? Les droits et actions qui appartiennent à une personne étant une partie de sa fortune, une portion *de ses biens,* ces droits et actions répondent donc des dettes de cette personne comme *ses autres biens* et ni plus ni moins que *ses autres biens*. L'art. 1166 n'est donc que l'application particulière, faite à une certaine classe de biens, de la règle générale posée pour tous les biens, quels qu'ils soient, par les art. 2092-93, et le créancier a ni plus ni moins de droits sur cette espèce de biens que sur toute autre espèce. Or, est-ce que jamais, et dans quelque position que ce puisse être, un créancier peut s'emparer lui-même et de son autorité privée d'un bien quelconque de son débiteur ? Non, assurément : partout et toujours le créancier ne peut mettre la main sur un bien quelconque du débiteur que par la volonté de ce débiteur ou par autorité de justice ; le droit de gage imparfait que confèrent les articles 2092-93, ne lui donne jamais que la faculté de se faire autoriser par justice à prendre les biens du débiteur. — Quand Pierre a déposé chez moi un objet quelconque lui appartenant, une pendule, par exemple, est-ce que Paul pourrait, en me prouvant qu'il est le créancier de Pierre, exiger que je lui remisse cette pendule ? Non, certes. Il aurait beau me dire que, créancier de Pierre, il est dès lors le représentant et l'ayant droit de celui-ci, que, par conséquent, tout ce que ce dernier pourrait faire, il peut le faire lui-même pour se remplir de sa créance, mon droit et mon devoir seraient de lui répondre que je ne puis livrer l'objet qu'au propriétaire lui-même, à moins que ce ne soit du consentement de celui-ci ou sur l'ordre de la justice ; mon droit et mon devoir seraient de lui répondre *que je ne le connais pas* et que sa qualité de créancier lui donne le droit de s'adresser à la justice pour en obtenir une injonction qu'il me présentera ensuite, mais non pas le droit de s'adresser immédiatement et *de plano* à moi-même, comme le ferait le propriétaire de l'objet déposé.

Lors donc que l'on répète partout que les créanciers sont les *ayants cause*, les *ayants droit* les *représentants;* de leur débiteur, qu'ils ont les mêmes droits que celui-ci, qu'ils peuvent faire pour l'acquit de leurs créances ce que celui-ci ferait, tout ceci ne s'entend qu'avec cette condition sous-entendue, *à la charge de s'y faire autoriser par justice*; et tandis que l'héritier, par exemple, est l'*ayant droit* de son auteur, en ce sens qu'il PEUT FAIRE *de plano* ce que l'auteur eût pu faire, le créancier, lui, n'est l'*ayant droit* du débiteur qu'en ce sens seulement qu'il PEUT SE FAIRE AUTORISER A FAIRE ce qu'eût pu faire le débiteur.

Personne n'a jamais songé à nier cette vérité pour l'ensemble des biens du débiteur et pour ce qui concerne les art. 2092-93. Or, encore une fois, l'art. 1166 n'est rien autre chose qu'une pure et simple application de la règle plus générale de ces art. 2092-93, et il devient dès lors certain que quand cet art. 1166 nous dit que les créanciers *peuvent exercer* les droits et actions de leur débiteur, il signifie qu'*ils peuvent* ÊTRE AUTORISÉS à les exercer, qu'*ils peuvent* ETRE ADMIS *à agir eux-mêmes et directement* comme agirait le débiteur.

Qu'on veuille bien peser ceci : *Si l'art.* 1166 *n'existait pas dans le Code*, si le législateur, en se contentant d'écrire l'idée générale des art. 2092-93, n'avait rien dit de particulier pour les droits et actions, si ce malheureux texte de l'art. 1166 qui fait seul naître la difficulté (parce qu'on abuse de sa rédaction trop peu explicite) *n'existait pas*, on ne songerait pas à soutenir la doctrine que nous combattons, et réduit qu'on serait à la règle des art. 2092-93, règle générale et identique pour tout le patrimoine du débiteur, on reconnaîtrait que, pour tout bien, quel qu'il soit, pour les choses corporelles et matérielles, le créancier ne peut jamais agir *de plano*, mais peut seulement être *autorisé à agir*, être *admis par l'autorité judiciaire à accomplir* au *nom* du débiteur l'acte quelconque qu'il veut accomplir. Mais, cela étant, la doctrine ici combattue ne peut donc se soutenir qu'autant que l'art. 1166 consacrerait une règle *différente* de celle des art. 2092-93. Or, la preuve que la règle de cet art. 1166 est bien identique à celle des autres articles et qu'elle n'en est qu'une application faite au cas particulier qu'on y prévoit, cette preuve est écrite dans les travaux préparatoires de la manière la plus nette. On lit, en effet, dans l'exposé des motifs de M. Bigot-Préameneu, que si « les créanciers doivent *être admis* à agir directement, » c'est que « CELUI QUI CONTRACTE DES DETTES ENGAGE TOUS SES BIENS et que CE GAGE SERAIT ILLUSOIRE SI, *au préjudice de ses créanciers, il négligeait d'exercer ses droits.* » (Fenet, t. XIII, p. 238.) Tel est le commentaire officiel que le commissaire du gouvernement, qui était d'ailleurs l'un des quatre rédacteurs du Code, donne de l'art. 1166, et il en résulte, certes, bien clairement, que cet article n'est que l'application, faite aux biens consistant en droits et actions, du principe général posé pour tous les biens quelconques par les art. 2092-93, de cette idée générale que *quiconque s'oblige oblige tous ses biens*, et que *ces biens sont le gage de ses créanciers.*

Donc, et par cela seul déjà, on voit qu'il n'y a dans l'art. 1166 rien de plus que dans les art. 2092-93, et que, de même que je puis et dois dire au créancier qui voudrait enlever la pendule déposée chez moi par son débiteur, que *je ne le connais pas,* tant qu'il ne sera pas autorisé par justice, et que s'il est l'ayant droit du débiteur, c'est seulement en ce sens qu'il peut se faire admettre par justice à agir au nom de celui-ci, de même je puis et dois dire aussi à celui qui vient exercer contre moi la revendication d'un immeuble que je possède, et qu'il pretend appartenir à son débiteur, que *je ne le connais pas*, qu'il est pour moi un étranger à qui je n'ai point à faire et auquel je ne serai tenu de répondre qu'après qu'il se sera fait autoriser par justice à intenter lui-même et directement l'action que son débiteur pourrait intenter.

Et, en effet, est-ce que ce n'était pas là une règle de toute raison? est-ce que la raison ne dit pas, est-ce que l'évidence ne montre pas que les droits et actions sont des biens absolument semblables et identiques à tous autres? est-ce que, en définitive, il y a, et peut y avoir autre chose que DES DROITS? Dire que j'ai une action en revendication, n'est-ce pas dire que j'ai *le droit*, la faculté d'agir en justice pour faire valoir *mon droit* de propriété de cette chose? Dire que j'ai des maisons, des fermes, des chevaux, des denrées et autres biens corporels, n'est-ce pas dire que j'ai *la propriété*, le *domaine*, le JUS *dominii*, UN DROIT, dès lors, sur des maisons, sur des fermes, sur telles et telles autres choses? En définitive, il n'y a rien autre chose que *des droits*, JURA, droits sur des choses ou tendant à ces choses, *jura in re*, *jura ad rem,* toujours JURA : il n'y a, dans un patrimoine quelconque, que des *droits*, et l'art. 1166, dès lors, ne devait pas, ne pouvait pas faire, pour tels *droits*, autre chose que ce que les art. 2092-93 faisaient pour les *autres droits*. L'identité était forcée entre les deux règles. *Le droit* que peut avoir Pierre de revendiquer l'immeuble que je prescris contre lui, *repose sur la tête de Pierre* aussi bien que *le droit* de propriété de la pendule qu'il a déposée chez moi : comment donc et pourquoi un autre individu que Pierre pourrait-il, sans subrogation, sans substitution conventionnelle ou judiciaire de lui à Pierre, exercer plutôt *le droit* de revendication de l'immeuble que *le droit* de propriété de la pendule?... Puisque le droit de revendication de l'un, comme le droit de propriété de l'autre, *reposent sur la tête de Pierre* et n'*appartiennent qu'à Pierre*, comment veut-on qu'ils puissent être exercés *par un autre que Pierre*, tant qu'ils n'auront pas été *déplacés* et transportés de la tête de Pierre sur la tête de cet autre? et où peut se trouver une cause de déplacement ailleurs que dans la volonté de Pierre ou dans un ordre de la justice? Jusqu'à ce que le déplacement soit opéré, tout autre que Pierre en personne est inhabile à agir, et le créancier lui-même, puisqu'il est, comme tout autre, étranger au droit, est inhabile comme tout autre. Sans doute, il y a entre lui et tout autre cette énorme différence, qu'il a le droit de se faire admettre à l'exercice du droit, tandis qu'un autre ne l'aurait pas, mais tant qu'il ne s'est pas fait admettre à cet exercice, tant qu'il n'a pas reçu, du maître ou de la justice, soit ce droit lui-même, soit au moins le mandat d'exercer ce droit, il n'est, encore une fois, qu'un *étranger*, auquel un adversaire quelconque peut et doit répondre : *Je ne vous connais pas.*

II. — Si les principes conduisent à ce résultat, les traditions soit de notre ancien droit, soit du droit romain, y conduisent de même. Nous disons, soit du droit romain ; car la différence qu'on a prétendu exister entre lui et notre droit français n'existe pas, et le changement qu'on a signalé à cet égard, notamment quant à la disposition de l'art. 788 du Code civil, n'est pas relatif à notre matière de l'art. 1166, mais bien à la matière de l'art. 1167, c'est-à-dire à l'action Paulienne ou révocatoire, action que les créanciers exercent personnellement, de leur chef et en leur propre nom, tandis qu'ici ils n'agissent qu'au nom du débiteur. Dans cet art. 788, en effet, les créanciers, avant d'accepter au nom du débiteur la succession que celui-ci avait d'abord répudiée, ont préalablement besoin de faire *annuler* la renonciation passée par ce débiteur ; or, ce n'est pas par application de l'article 1166 et *jure debitoris*, mais en vertu de l'art. 1167 et *jure proprio*, qu'ils peuvent faire prononcer cette annulation, et c'est, par conséquent, au principe de cet art. 1167 (étranger à notre question) et non au principe de l'art. 1166, qui nous occupe seul, que notre législateur a donné une extension que ne comportait pas le droit romain, lui qui ne permettait pas de faire annuler par l'action Paulienne les renonciations à succession. Quant à ce qui est de notre question, de la règle de l'art. 1166, application du principe général des art. 2092-93, notre droit français n'a rien changé aux principes romains.

Voyons donc quelle est la tradition et du droit romain et de notre ancien droit français sur le droit des créanciers relativement aux simples droits, aux biens incorporels. Jetons un coup d'œil très-rapide sur ces deux législations, et nous allons y retrouver partout les principes qui viennent d'être rappelés, principes auxquels nous verrons ensuite que notre Code n'a entendu rien changer.

A Rome, d'abord, nous retrouvons partout, pour le créancier qui veut exercer sur les biens incorporels, sur les actions ou créances de son débiteur, le droit général et imparfait de gage qui lui appartient sur tout le patrimoine de ce débiteur, la nécessité d'obtenir l'ordre du juge ou même du président de la province.

C'est ainsi que la loi 2, au Code, tit. *quandò fiscus* (lib. IV, tit. 15), nous dit : *Si in causâ judicati Valentis*, *quem tibi condemnatum proponis*, *nihil est quod*, *sine quæstione*, *pignoris loco capi et distrahi possit*, *debitores ejus conventi*, *ad solutionem* AUCTORITATE PRÆSIDIS PROVINCIÆ *compelluntur*.

La loi 15, au Digeste, *de re judicatâ* (lib. XLII, tit. 1), est plus explicite et développe avec détail les idées que la précédente ne fait que résumer. Elle explique longuement (et notamment dans les paragraphes 2, 8 et 10) que le créancier peut exercer son droit de gage, non-seulement sur les choses corporelles, mobilières ou immobilières, mais aussi sur les biens incorporels, les simples droits, actions, créances, *jura* et *nomina;* qu'il doit commencer par les meubles corporels, au cas de leur insuffisance, passer aux immeubles, *pignora soli,* puis enfin, et à défaut de meubles et immeubles suffisants, aux simples droits, *jura; mais toujours sous l'autorité de justice* et par l'intervention soit du *président même de la province,* soit tout au moins du *juge. Primo quidem res mobiles animales pignore capi* JUBENT, *mox distrahi; quarum pretium, si suffecerit, benè est; si non suffecerit, etiam soli pignora capi* JUBENT *et distrahi; quòd si nulla moventia sint, à pignoribus soli initium faciunt. Quòd si nec quæ soli sunt sufficiant, vel nulla sint soli pignora, tunc pervenietur etiam* AD JURA : *exsequentur itaque rem judicatam* PRÆSIDES *isto modo* (§ 2). *Sic quoque* JUDICES EXSEQUENTUR *judicatum, ut* NOMINA *jure pignoris capiant, si nihil aliud est, quod capi possit : posse enim* NOMEN *jure pignoris capi imperator noster rescripsit* (§ 8).

On voit ici deux choses, c'est non-seulement que *d'une* part les droits, actions ou créances, c'est-à-dire les biens autres que les choses corporelles ne peuvent, comme celles-ci, devenir l'objet du gage que par l'autorité de la justice; mais de plus que l'exercice de ce droit de gage avait toujours paru plus douteux pour ces sortes de biens que pour les autres, que bien loin de pouvoir être appréhendés par le créancier plus facilement que les biens corporels, meubles ou immeubles, ils le sont, au contraire, plus difficilement, qu'il a fallu des décisions spéciales pour déclarer les *jura* et *nomina* susceptibles du même droit de gage que les autres biens, et qu'une fois que ce droit a été reconnu, il n'a toujours dû s'exercer qu'à la dernière extrémité et à défaut des choses corporelles. Ceci explique, du reste, pourquoi notre Code civil a eu l'idée de faire un article exprès pour déclarer les droits et actions soumis au droit de gage du créancier, au lieu de se contenter du principe posé pour tous les biens en général dans les art. 2092-93.

Cette nécessité de l'intervention de l'autorité judiciaire pour l'exercice, par le créancier, des droits et actions de son débiteur n'a jamais été plus douteuse dans notre ancien droit que dans le droit romain. Partout on a reconnu la nécessité pour lui d'une autorisation, d'une subrogation.

Ainsi, Pothier explique dans ses *Pandectes*, comme choses toutes simples et toutes naturelles, les règles romaines que nous venons de rappeler. — Lebrun nous dit que : « En général, un créancier peut exercer tous les droits de son débiteur, et *se faire subroger à cet effet*, quand le débiteur refuse de les exercer lui-même. » (*Succ.*, l. II, chap. II, sect. 2, n° 42.) — Denizart nous dit la même chose, en ayant soin de rappeler l'idée par nous développée plus haut et constatée aussi dans l'exposé des motifs de M. Bigot-Préameneu, que le droit du créancier sur les droits et actions de son débiteur, n'est que l'application de son droit général de gage sur tout l'ensemble du patrimoine de ce débiteur, et que ces droits et actions jouent là le même rôle que tous les autres biens. « Les droits et actions, dit-il, *faisant partie des biens*, les créanciers peuvent exercer les droits qui appartiennent à leur débiteur, *ce qui s'opère par une espèce de subrogation*. Dans tous les cas où les créanciers *sont admis* à exercer les droits de leur débiteur, ils ne peuvent avoir plus de droit que le débiteur n'en aurait eu lui-même. » (*Collect. nouv.*, v° *Créance*, § 2, n° 7.)

Maintenant, est-ce que par hasard notre Code aurait entendu rompre ici avec tout le passé et briser du même coup et les traditions de notre ancien droit et du droit romain, et aussi les principes généraux du droit? Non, certes, et on en peut donner trois preuves pour une. Il en est une première qui résulte déjà du silence complet qui a été gardé à cet égard dans tous les travaux préparatoires du Code. Certes, si l'on avait entendu poser dans l'art. 1166 une règle si profondément dérogatoire aux principes anciens et constants de l'ancien droit, on trouverait quelque part quelque allusion à ce changement. Or, notre art. 1166 est un de ceux sur lesquels il n'a jamais été dit un mot, qu'on a adoptés sans la moindre discussion ni observation, comme n'étant que la continuation d'une règle consacrée par le temps (Fenet, t. XIII, p. 67). En second lieu, le seul commentaire officiel qui ait été donné de cet article, c'est le court passage déjà cité de l'exposé des motifs; or, ce passage déclare précisément que cet article n'est que l'application du principe général existant pour tous les autres biens, c'est-à-dire l'application aux droits et actions du droit de gage consacré pour tous biens quelconques par les articles 2092-93. Enfin, un autre des quatre rédacteurs du Code, M. Maleville, sans donner sur cet article aucun développement, aucune observation (ce qui suffirait déjà pour exclure toute idée d'un changement à l'ancien droit), se contente d'indiquer comme développements sur la règle de l'article des documents dont la citation est bien la preuve la plus péremptoire de ce fait, que cet article n'est que la consécration des principes qu'on a toujours suivis. Il renvoie, en effet, à la loi 2, au Code, *quando fiscus*, à la loi 15, au Digeste, *de re judicatâ* (les deux lois précisément que nous avons rapportées plus haut), puis au nº 46 de la section précitée de Lebrun.

De telles citations sont, certes, la plus claire démonstration qu'on puisse avoir.

Aussi est-il à remarquer que tous les auteurs qui ont prévu la question sous le Code, *tous sans exception*, l'ont résolue dans le sens de la nécessité de la subrogation :

Rolland de Villargues (vº *Droits personnels*, nº 28);
A. Dalloz (vº *Obligat.*, nº 769);
Zachariæ (t. II, p. 332);
Demante (t. II, nº 596, note);
Proudhon (*Usufr.*, t. V, nº 2237);
Répertoire du Journal du Palais (vº *Créanciers*, nºs 109-110);
Devilleneuve (t. XLIX, 2, p. 438, note);
Gilbert (*Codes annotés*, sous l'art. 1166);

Tous enfin : pas un seul auteur n'a songé à écrire le contraire. Et quand on remarque que M. Demante, dans son livre, se contente de mettre en question, sans les résoudre, tous les points qui lui paraissent susceptibles de la moindre controverse, quelle évidence de vérité n'a-t-il pas fallu qu'il vît dans notre solution pour dire ici : « IL FAUT BIEN SE GARDER DE VOIR LA le pouvoir immédiat pour le créancier de se saisir des droits et actions du « débiteur...... IL EST ÉVIDENT que cet exercice ne peut passer aux « créanciers que par un jugement ? »

7. — AGEN, 13 JUIN 1853. *J. P.*, 53, 2, 566. — Nous ne ferons que mentionner en passant cet arrêt de la Cour d'Agen, à la doctrine duquel nous donnons la plus complète adhésion.

Il a jugé que l'interdiction d'acheter les biens du mineur, portée par l'art. 450 du Code contre le tuteur, ne s'*étend point* au subrogé tuteur et que celui-ci peut conséquemment s'en rendre adjudicataire dans une licitation.

C'est ce qu'avait déjà décidé la Cour de cassation, le 21 décembre 1852, en annulant un arrêt de la Cour de Toulouse qui adoptait une solution contraire.

L'arrêt du 21 décembre 1852 ayant fait déjà l'objet de l'examen de nos deux savants collaborateurs, MM. Marcadé et Coin-Delisle (V. *Rev.*, t. III, p. 211 et 360), nous nous contentons de renvoyer le lecteur à leurs observations sur ce point de droit, après avoir simplement constaté que, par cet arrêt de la Cour d'Agen conforme à celui de la Cour suprême, la jurisprudence doit être considérée comme désormais fixée dans le sens des principes professés dans ce Recueil par ces deux éminents jurisconsultes.

8. — Pau, 8 aout 1853. — Dalloz, 53; 2, 248. — Nous comptions faire porter encore notre examen sur cet arrêt de la Cour de Pau qui tranche, d'une manière peu exacte, selon nous, une question tout à fait neuve en doctrine et en jurisprudence. Mais la longueur de cet article nous oblige à indiquer nos observations critiques sans nous permettre les développements que réclamerait l'importance du sujet.

La Cour de Pau, dans cet arrêt, a d'abord déclaré révoquées de plein droit les donations qu'avait faites à l'époux contre lequel une séparation de corps était prononcée, son conjoint qui l'avait poursuivie et obtenue. Elle n'a fait en cela que suivre la doctrine maintenant admise universellement et avec raison par les auteurs et les tribunaux depuis l'arrêt des chambres réunies de la Cour de cassation du 23 mai 1845, qui, renversant la jurisprudence jusqu'alors établie, a étendu à la séparation de corps l'application de l'art. 299 du Code. Depuis cet arrêt, toute controverse a cessé sur ce point, et nous n'avons pas conséquemment à y revenir.

9. — La Cour ayant ensuite à s'expliquer sur les effets de la révocation vis-à-vis des tiers, a jugé qu'elle faisait rentrer les biens donnés dans les mains du donateur libres de toutes les charges qui auraient été créées par le donataire.

Nous ne saurions souscrire à cette solution.

Suivant nous, la cause de la révocation dont la loi frappe tous les avantages que l'époux, demandeur en séparation de corps, avait conférés à celui contre lequel elle est prononcée, est dans l'ingratitude de ce dernier vis-à-vis du donateur. Par suite, d'après l'art. 958, elle ne doit pas plus préjudicier aux droits acquis par des tiers sur les objets donnés, que si l'époux donateur avait demandé et obtenu la révocation de sa donation pour l'une des causes d'ingratitude prévues par l'art. 955, sans avoir poursuivi en même temps la séparation de corps. La situation juridique des tiers qui ont acquis de bonne foi des droits sur les biens donnés par l'un des époux à l'autre, ne saurait être modifiée selon que le donateur use, avec plus ou moins de rigueur, contre son indigne conjoint des droits dont la loi l'a armé contre lui.

La Cour de Pau a envisagé, à un point de vue tout différent, la révocation des donations attachée comme une conséquence légale à la séparation de corps.

Elle a considéré que cette révocation dérivant d'une cause toute spéciale, c'était par des règles propres que les effets en devaient être déterminés, et elle s'est efforcée de trouver soit dans le texte de l'art. 299, soit dans la faveur dont la législation entoure le mariage, la justification de l'anéantissement de tous les droits constitués à des tiers par le donataire.

Mais aucun des termes de l'art. 299 ne se prête à l'interprétation de la Cour de Pau. Il dit, il est vrai, que le conjoint indigne *perd tous ses avantages;* mais il se tait, d'ailleurs, sur les conséquences de la révocation vis-à-vis des tiers, et ces expressions, qui peuvent bien assurer au donateur le droit de s'indemniser sur les biens du donataire de la valeur des objets donnés qui ne se retrouvent plus en nature, ne sauraient évidemment l'autoriser à les reprendre aux mains des acquéreurs.

Quant aux considérations empruntées à la faveur du mariage, elles ont le défaut de n'avoir rien de spécial à l'objet précis de la contestation et de ne s'appuyer sur aucune disposition expresse de notre droit. On peut, en outre, leur opposer, non sans quelque avantage peut-être, les considérations qu'inspirerait la position fort intéressante des tiers qui ont contracté de bonne foi avec le donataire, et qui ont dû croire, en l'absence de toute condition exprimée dans la donation, qu'ils acquéraient des droits certains et définitifs. N'y a-t-il pas quelque chose de bien arbitraire dans la décision qui résilie des droits pareils sur la seule autorité de simples considérations et en l'absence d'un texte?

Aussi la Cour de Pau a-t-elle senti la nécessité de rattacher son arrêt à la législation réelle et écrite, et de l'asseoir sur la discussion des articles du Code relatifs à la révocation des donations. Dans ce nouvel ordre d'idées, elle a écarté l'application de l'art. 958 par le motif que l'art. 959 interdit la révocation pour cause d'ingratitude des donations faites en faveur du mariage, et elle s'est appuyée sur l'art. 954 en assimilant l'oubli des devoirs conjugaux à l'inexécution des conditions sous lesquelles l'un des conjoints aurait fait à l'autre des libéralités.

Mais ce n'est encore là à nos yeux qu'une double erreur.

Nous pensons d'abord, avec MM. Marcadé et Demolombe, que l'art. 959, quand il parle des donations faites en faveur du mariage, ne saurait s'entendre que de celles que des tiers souscrivent au profit de l'un des époux pour faciliter le mariage et les aider à élever la famille qui en doit sortir, et non point de celles que les époux se font entre eux, qui ne tournent qu'à l'avantage du donataire et ne profitent en rien à la communauté ni à la famille qui se forment. Toute autre interprétation se concilierait difficilement, ce nous semble, avec la jurisprudence fondée par l'arrêt du 23 mai 1845, sur l'application de l'art. 299 à la séparation de corps.

C'est donc à tort que la Cour de Pau a jugé que l'art. 959 faisait légalement obstacle à ce que les droits des tiers fussent maintenus aux termes de l'art. 954, comme lorsqu'il s'agit de la révocation d'une donation ordinaire pour cause d'ingratitude.

Nous ne saurions davantage admettre que l'oubli des devoirs conjugaux dût être considéré comme une inexécution des conditions imposées à la donation. Quoi! ne serait-ce point rabaisser ces devoirs sacrés de fidélité réciproque, d'égards, de bons traitements, d'honorable conduite, que de les montrer, même pour un instant, comme une obligation corrélative à quelque avantage pécuniaire, comme l'accessoire et le prix d'une libéralité? Non, ils ne forment point les conditions d'une donation; car ils ne lient pas moins sévèrement l'époux qui n'a rien reçu que celui qui a été le plus richement avantagé; et si la loi a dépouillé l'époux indigne des bienfaits de son conjoint, c'est pour le punir de son inconduite et de ses excès, et non point pour indemniser le donateur qui a eu le malheur de ne point rencontrer dans son conjoint le respect des devoirs que le mariage lui imposait.

Et si cette théorie était vraie, si l'accomplissement des devoirs des époux pouvait être regardé comme l'inexécution de la condition essentielle de la donation, ne deviendrait-elle pas bientôt, pour les tiers donateurs, les ascendants, par exemple, une arme et un prétexte pour demander la révocation des donations par eux consenties en faveur du mariage, et la prohibition portée par l'art. 959 ne serait-elle pas trop souvent éludée au préjudice des enfants du donataire, que la loi a voulu protéger en maintenant ces donations malgré l'ingratitude de celui-ci?

En résumé donc, il nous semble que la Cour de Pau aurait dû suivre la disposition de l'art. 958, de préférence à celle de l'art. 954, et que son arrêt est en opposition avec les vrais principes.

10. — AMIENS, 17 MARS 1853. — AIX, 27 JUIN 1853. — Dalloz, 53,

1, 239. — Nous signalerons encore, en terminant, deux nouveaux arrêts, rendus en sens contraire, par les Cours d'Amiens et d'Aix, sur la célèbre question du cumul de la quotité disponible et d'une part dans la réserve par l'enfant qui a reçu une donation en avancement d'hoirie et qui renonce à la succession. La Cour d'Amiens, demeurée fidèle à la jurisprudence qu'elle avait inaugurée par un précédent arrêt du 7 décembre 1852, a refusé à l'enfant renonçant le bénéfice du cumul que lui a accordé au contraire la Cour d'Aix.

Nous ne voulons pas rentrer aujourd'hui dans le débat de cette grave question, que la doctrine résout presque unanimement dans le même sens que la Cour d'Amiens, et avec raison, nous en sommes fermement convaincu. La Revue s'en est déjà plus d'une fois occupée, et elle a ouvert ses colonnes aux travaux les plus sérieux qui aient été publiés en faveur de la faculté pour l'enfant renonçant de retenir cumulativement, avec la quotité disponible, sa part de la réserve. Les principaux éléments de la discussion sont donc présents à l'esprit de nos lecteurs, et ils ne peuvent mieux faire, s'ils veulent entrer plus avant dans cette controverse, que de se reporter à la savante monographie de notre honorable collaborateur, M. Coin-Delisle.

Tout ce que nous nous proposons ici, c'est de constater, en fait, que la lutte continue et s'anime dans la pratique des tribunaux. Bien que la Cour de cassation, qui, dans son célèbre arrêt Laroque de Mons, du 18 février 1818, avait d'abord consacré la théorie à laquelle la doctrine est restée fidèle, ait, depuis, changé sa jurisprudence et l'ait établie par un très-grand nombre d'arrêts, nous avons l'espoir fondé que le dernier mot n'est pas dit sur cette question. Quelques Cours ont résisté d'abord à cette jurisprudence, et quoique plusieurs aient ensuite cédé à la persistance de la Cour de cassation, l'opposition n'a pas été étouffée. Loin de là, elle a repris, ces dernières années, une nouvelle énergie. Depuis 1849, les Cours de Nancy, de Grenoble, d'Amiens, d'Agen, et enfin de Riom, ont protesté, par des arrêts rédigés avec soin et fortement motivés, contre le système suivi par la Cour suprême, et ces arrêts, vivement soutenus par les efforts des jurisconsultes les plus éminents de notre temps, ont exercé une telle influence que la chambre civile de la Cour de cassation elle-même paraît aujourd'hui reconnaître la nécessité de faire appel à l'autorité des chambres réunies pour provoquer une révision solennelle de sa jurisprudence. On ne saurait, en effet, interpréter autrement la disposition de son dernier arrêt du 17 juillet 1854, par laquelle, après avoir cassé l'arrêt de la Cour d'Amiens du 7 décembre 1852, elle a ordonné le renvoi de la cause devant la Cour de Nancy, bien qu'elle ne fût pas une des trois Cours les plus voisines de celle dont la décision était mise à néant, et encore que la Cour de Douai ne se fût point jusqu'à ce jour engagée sur la question.

La Cour de Nancy, il faut l'espérer, ne désertera pas les vrais principes au moment où elle est appelée peut-être à leur rendre, et d'une manière définitive, toute leur autorité. Elle ne trompera pas l'attente des jurisconsultes et, on peut le dire, de la Cour de cassation elle-même, et ne manquera point de fournir aux chambres réunies l'occasion de mettre fin à cette lutte dont la persistance compromet des intérêts si considérables et trouble l'union de tant de familles.

Fl. MIMEREL.

ESSAI PHILOSOPHIQUE

SUR LES PRINCIPES FONDAMENTAUX DU DROIT NATUREL ENVISAGÉ COMME SCIENCE SPÉCIALE.

Par M. Rigaut, juge de paix du canton de Wissembourg.

(Suite du chap. III[1]).

Section II. — Principes du droit social naturel.

Nous venons de le remarquer, c'est par certains faits, par certaines tendances caractéristiques que la nature humaine trahit son organisation et ce pourquoi elle a été créée. Quand nous analysons attentivement notre constitution matérielle et spirituelle, quand surtout nous observons notre nature avec ses éléments internes, nous sommes bientôt conduits à conclure que Dieu ne nous a pas seulement confié le libre arbitre, mais qu'avec l'activité, ce besoin qui nous pousse à connaître, nous avons été dotés de merveilleuses facultés qui nous mettent à même d'arriver aux conceptions les plus sublimes. C'est par elles que nous pouvons aborder le sentiment de Dieu et de l'infini, les idées de beauté, de sociabilité, d'identité d'origine, les idées de l'ordre universel, du juste, du bien en soi. C'est aussi par elles que nous pouvons comprendre la destination de l'humanité et découvrir les véritables règles de notre conduite en ce monde.

---

[1] V. *suprà*, p. 128.

Les jurisconsultes stoïciens qui, par leurs œuvres, ont fait briller le Droit romain d'un si vif éclat, avaient bien compris que la science du Droit, émanant des maximes les plus élevées de la morale, doit en être pour ainsi dire la voix vivante, *viva vox*. Ils s'étaient proposé pour but de réaliser dans la pratique de la vie cette philosophie sublime qui définit la jurisprudence la notion du juste et de l'injuste, la science des lois divines et humaines; cette considération avait pris un tel empire dans leur esprit, qu'en traçant les préceptes du Droit, ils avaient établi une fusion entre les devoirs juridiques dont l'accomplissement constitue la légalité des actions humaines, et les devoirs éthiques, dont la réalisation témoigne de la moralité de notre conduite. On se rappelle en effet qu'ils avaient réduit les nombreux préceptes du Droit à trois principaux: *honestè vivere*, *alterum non lædere*, *suum cuique tribuere* [1]. Le premier de ces préceptes appartient principalement à la Morale ou à l'Ethique, car tout ce que les lois humaines tolèrent n'est pas toujours honnête: *non omne quod licet honestum est* [2]. Le second, fondé sur le respect des droits individuels et de la fraternité humaine, se rapporte déjà plus spécialement aux devoirs juridiques; mais c'est surtout le troisième de ces préceptes qui trace le véritable but du Droit. Ne léser personne serait simplement un devoir éthique, si une justice active, si l'ordre vivant et agissant ne venait diriger, secourir, protéger, contenir, réprimer, c'est-à-dire attribuer ou faire attribuer à chacun le sien.

Aussi la science du Droit envisagée philosophiquement embrasse-t-elle l'étude et la connaissance des conditions extérieures dont dépend le perfectionnement de l'humanité entière. Quel est le but, la destination de toute société? Quelles sont les conditions indispensables à son maintien et à sa prospérité? Ces questions importantes sous tous les rapports ont été plus ou moins exactement résolues, suivant que l'on a conçu des idées plus ou moins nettes et précises sur la vocation de l'humanité en ce monde. Ne perdons pas de vue les premières données philosophiques posées dans la section précédente, elles sont d'un grand secours pour la solution des deux questions que nous allons aborder.

---

[1] Voy. § 3, *Inst.*, *de just. et jure* (I, 1); ff. 10, § 1, Dig., *eod. tit.*

[2] Voy. ff. 144, Dig., *de R. J.* (50, 17).

§ 1. — De la destination et du but de toute société.

La vie sociale est la condition normale de l'homme. S'il est vrai de dire que les instincts ont ébauché les sociétés humaines, il faut reconnaître aussi que ce sont surtout l'intelligence et la raison qui les ont développées et organisées. La communauté d'origine, de langage, d'habitudes, de traditions, a fourni les premiers éléments de l'agrégation sur un certain territoire; mais, pour former un État, il a fallu de plus que chaque société reconnût et réalisât le principe de l'ordre qui seul anime et régularise le fait de l'association. L'ordre suppose la règle ; la règle, des autorités qui la déclarent, l'appliquent et l'exécutent.

Le but et la destination de toute société, c'est la garantie et la protection d'un développement complet et simultané de toutes les personnalités qui composent l'association. Cette garantie, cette protection, doivent constamment être basées sur l'idée du juste, élément interne du Droit.

Les maux physiques qui atteignent l'humanité n'ont rien de commun avec la théorie de la liberté humaine, car il ne nous est pas donné de nous en garantir complétement. Mais l'association est aussi exposée au mal moral provenant de l'exercice irrégulier du libre arbitre de chacun. Comment peut-elle s'en préserver ? Par l'institution d'une autorité qui, tout en accordant au citoyen le plus de liberté possible, circonscrive cependant la liberté extérieure dans de justes bornes. Car, proclamons-le hautement, l'autorité est le besoin éternel de la société; et notons-le bien, ce sentiment n'exclut nullement la juste pondération des forces gouvernementales. Comme on le voit, le pouvoir gouvernemental puise sa force dans le sentiment du devoir qui nous prescrit à tous de respecter les liens de l'ordre social, sans lequel il n'y a pour les hommes aucun développement, aucun progrès possible.

Dans l'état de société, il est évident que nul ne peut se faire justice à soi-même. Celui qui est attaqué dans sa personne, dans son honneur ou dans ses biens, doit s'adresser aux magistrats institués pour lui rendre justice [1]. Il n'y a d'exception à cette règle que quand on se trouve dans la nécessité de repousser de suite une violence personnelle contre laquelle on ne peut immédiatement obtenir le secours des autorités constituées.

La souveraineté de l'État repose sur une seule notion, celle de la justice ; l'État doit être juste comme elle, c'est alors seulement qu'il est capable de la faire respecter.

Dans la sphère de la justice sociale, les manifestations de la libre activité humaine, de la personnalité individuelle, cessent d'être licites toutes les fois qu'elles blessent le droit à l'égard des autres individus ou qu'elles ôtent à l'État les moyens d'atteindre le but de la société.

L'organisation du pouvoir social est extrêmement *variable ;* rien de plus divers dans l'histoire que les formes de gouvernement. Ces formes ne sont vraiment dignes d'approbation qu'autant qu'elles établissent *avec justice* l'équilibre et l'harmonie entre les divers éléments sociaux. En effet, l'autonomie sociale et juridique est instituée pour arrêter toutes les mauvaises tendances et pour suppléer par ses commandements à la faillibilité de la volonté, de l'intelligence individuelle. Cela posé, il est facile de conclure que l'organisation sociale ne s'étend pas à toute la conduite humaine intérieure et extérieure. Elle ne saurait légitimement embrasser que les conditions essentielles à l'existence et au développement des personnalités réunies en société. La reconnaissance de ces conditions est successive et pour ainsi dire historique. Il n'y a pas eu à cet égard de contrat primitif ni de contrat immuable liant à jamais les générations à venir. Avec les progrès de la civilisation, le développement des personnalités fait ressortir de nouveaux besoins, donne lieu à de nouveaux rapports, et nécessite ainsi des améliorations, des changements, tant dans l'organisation sociale que dans l'organisation politique.

Chez tous les peuples civilisés le droit positif repose sur les principes immuables du droit naturel, et il doit en être ainsi, car, suivant les heureuses expressions de M. Portalis, « le lé-

---

[1] Suivant Montesquieu, la loi qui prescrit de se conformer à celles de la société dans laquelle on vit, est antérieure à la loi positive. (Voy. *Esprit des lois*, liv. I, chap. I, alin. 9.)

« gislateur exerce moins une autorité qu'un sacerdoce. » Dans tout gouvernement le pouvoir doit se produire par l'exercice intelligent, ferme, mais juste, de l'autorité matérielle et morale.

Les nations sont composées d'hommes qui se meuvent et qui changent ; il est de toute impossibilité qu'elles demeurent stationnaires : chaque temps a son œuvre, chaque siècle fait un pas. C'est au pouvoir social à tâcher d'imiter la nature qui ne se repose jamais et se reproduit sans cesse. Le cours des âges présente toujours dans les institutions humaines des lacunes à combler, des imperfections à faire disparaître. Dans tous les cas, le pouvoir social a pour mission de se rapprocher le plus possible des principes du droit naturel, guide le plus infaillible de justice et d'équité. « Aider la nature, favoriser son jeu, régler « sa tendance, établir de l'accord entre la destinée morale de « l'homme, qui est invariable, et sa condition sociale, qui est « variable à l'infini, voilà la tâche du législateur[1]. »

La liberté civile, la liberté des cultes, la liberté de la pensée, forment, avec l'égalité des droits et l'égalité devant la loi, une législation modèle dans laquelle la dignité de l'homme se trouve réellement respectée. Aussi tout législateur doit-il accorder aux gouvernés la plus grande liberté civile dont ils soient capables en évitant autant que possible de sacrifier leur liberté naturelle[2].

La souveraineté de l'État a pour limite les droits imprescriptibles et inaliénables de chaque individu ; mais pour conserver leur intégrité, les libertés doivent avoir été reconnues comme des droits. Les droits, à leur tour, ne doivent pas être simplement reconnus ; il faut qu'ils soient protégés par des garanties et consacrés par des institutions fortes et justes.

Disons-le ici, à propos de la compétence sociale, il est des devoirs de conduite humaine qui se trouvent et doivent rester uniquement prescrits par le for intérieur ; la Divinité seule peut en rendre les hommes comptables. Les actes intérieurs de l'homme sont ce qu'il y a de plus intime, de plus libre, de plus rebelle à la contrainte. Aussi ne peut-on astreindre quelqu'un à se proposer un but, pas plus qu'on ne peut exiger que les actions soient faites en raison de ce but. Trop de coercition extérieure engendre le vice. Ne laisserait-on que très-peu de mouvement et d'espace à la pensée et à la conscience humaine, les mœurs privées échapperaient aux entraves les plus habilement combinées et en réagissant énergiquement contre toute tentative de les assujettir, contraindraient le despotisme qu'elles subissent à s'abdiquer lui-même à chaque instant. En opérant en certaines matières par des moyens purement intellectuels et moraux, en déterminant les volontés libres, les gouvernements, loin de se réduire et de s'abaisser, s'étendent et s'élèvent.

---

[1] Matter, *De l'influence des mœurs sur les lois*, etc., liv. IV, chap. xv.

[2] Lanzilli a bâti sur ce principe un système complet de législation. Son ouvrage témoigne d'un sens profondément philosophique et politique joint à des connaissances historiques très-étendues. — Ce même principe a été adopté et développé par un grand nombre de publicistes distingués, notamment en Allemagne par M. de Rotteck. Suivant M. de Rotteck, tout ce qui n'est pas en harmonie avec les lois supérieures de notre nature est basé sur un simple état de fait et contrevient au véritable but du Droit.

La destinée humaine n'est pas purement sociale ; nous portons en nous quelque chose d'étranger, de supérieur à notre existence d'ici-bas. C'est ainsi, notamment, que la foi et l'espérance, établissent entre l'homme et Dieu des rapports dont l'expression se trouve dans la tradition, dans le dogme, dans le culte de l'Église. Ces rapports tiennent en grande partie à la liberté de conscience et des cultes ; la souveraineté de l'État ne doit avoir d'empire sur eux qu'autant qu'il s'agit d'empêcher que leur influence ne vienne à contrecarrer la destination de la société elle-même.

Donc à tout individu vivant en société, il faut reconnaître une portion de liberté personnelle incoercible, même en ce qui concerne la conduite humaine extérieure. L'autorité de l'État ne doit pas en toute chose se substituer à l'autorité de la conscience. Mais n'allons pas étendre le domaine des libertés inviolables au point d'ôter à l'État les moyens d'atteindre le but de toute société, et surtout n'entravons pas sous de vains prétextes l'action régulière du pouvoir social. Pour le bien commun, le progrès et l'amélioration des sociétés, les gouvernements doivent, par des institutions prudemment établies, donner aux mœurs plus de délicatesse et de pureté, ils prouvent ainsi qu'ils comprennent la dignité de leur mission.

Égalité civile, privilége, ce sont là deux grands faits sociaux dont l'un se remarque plus particulièrement dans l'histoire du monde ancien, tandis que l'autre travaille avec une incessante ardeur à l'organisation des sociétés modernes. Le privilége est variable presque à l'infini. Qu'il soit l'attribut d'un plus ou moins grand nombre de personnes, il est toujours le terme opposé à l'égalité civile.

Quel principe convient-il d'adopter de préférence pour organiser une société? Est-ce l'égalité, est-ce le privilége? La réponse à ces questions serait facile à donner s'il s'agissait de constituer un état modèle, type spéculatif des sociétés humaines. Je n'hésiterais pas alors à adopter le principe de l'égalité civile; malheureusement la réalité ne répond pas toujours à l'idéal; la population, le territoire, l'autonomie ou l'indépendance, ces conditions, ces matières premières de l'agrégation sociale ne présentent pas partout, en fait, leur plus haut degré de perfection. Ici c'est une population qui contient des éléments d'antipathie et de désaccord, provenant de la différence des races, des croyances, de la civilisation, etc., etc...; là c'est un territoire dont la configuration n'est pas heureuse, soit pour la défense, soit pour les communications, configuration dont il faut plus souvent accuser la politique que la nature terrestre; là, enfin, il n'y a pas d'autonomie, le système fédératif l'emporte sur le système unitaire. En présence de ces faits multiples et divers, on est obligé de convenir que l'organisation de chaque société dépend des temps et des lieux. Mais les différentes organisations sociales ne sont que les moyens; ce qui ne dépend ni des temps ni des lieux, c'est le but et la destination de toute société. Ce but, nous l'avons dit et nous le répétons encore, car on ne saurait assez le faire remarquer, c'est la garantie d'un juste développement de toutes les personnalités qui composent l'association.

Après ces courtes méditations sur le but des sociétés humaines, examinons quelles sont les conditions indispensables à leur maintien et à leur prospérité.

§ 2. — Des conditions indispensables au maintien et à la prospérité de toute société[1].

De profonds politiques, des hommes d'État distingués, ont émis l'opinion que chaque gouvernement doit vivre et agir d'après ses propres principes. Ainsi, suivant leurs idées, les gouvernements absolus, fondés sur des institutions immobiles et éternelles en théorie, doivent agir et vivre uniquement pour la conservation ; les gouvernements constitutionnels, au contraire, nés d'une idée appropriée au temps et modifiable selon le temps, se trouvent appelés à vivre, à agir pour l'expansion de leurs principes dans tous les faits de la vie sociale. Ces opinions, qui, de nos jours surtout, ont acquis de nombreux partisans, ne me paraissent pas exactement en rapport avec la nature de l'homme et sa haute vocation de perfectionnement. L'intérêt commun des sociétés humaines réclame partout un développement progressif et simultané des individus, suivant les facultés physiques, intellectuelles et morales qui leur sont départies. Il faut que *l'humanité* cherche à atteindre en ce monde sa destinée au moyen *d'une* civilisation graduelle et générale. A cet effet, l'*ordre social* n'est pas le seul élément nécessaire ; deux autres éléments doivent se combiner avec lui, l'animer et le vivifier ; j'entends parler de la *moralisation* et du *progrès*, conditions indispensables au maintien et à la prospérité de toute société.

---

[1] Comparez à ce sujet le *Traité de la législation* ou Exposition des lois générales suivant lesquelles les peuples prospèrent, dépérissent ou deviennent stationnaires, par M. Charles Comte. Un an après sa publication, en 1828, ce livre obtint le grand prix Monthyon, décerné par l'Académie française à l'ouvrage le plus utile aux mœurs.

Le *progrès* n'est vague que dans l'esprit de ceux qui ne le conçoivent pas. Extérieurement et intérieurement, il résulte du travail social dirigé dans le sens de la propagation de la *vérité*, du beau, du bien et du juste.

Le respect de la morale et son observation présentent les plus beaux, les plus féconds résultats pour les sociétés comme pour les individus. C'est ce qu'a dit madame de Staël dans un excellent langage que je crois devoir reproduire ici[1] : « Cette vie n'a quelque prix « que si elle sert à l'éducation religieuse de notre cœur, que si elle « nous prépare à une destinée plus haute par le choix libre de « la vertu sur la terre. La métaphysique, les institutions sociales, « les arts, les sciences, tout doit être apprécié d'après le perfectionnement moral de l'homme ; c'est la pierre de touche « qui est donnée à l'ignorant, comme au savant ; car si la connaissance des moyens n'appartient qu'aux initiés, les résultats « sont à la portée de tout le monde. »

Nous recevons souvent nos idées sociales et quelquefois aussi nos idées morales de notre pays et de notre époque ; mais il est bon de résister à l'influence souvent pernicieuse des temps et des lieux, et pour y échapper il faut, comme disait Socrate, se faire citoyen du monde.

---

[1] *De l'Allemagne,* IIIe part., chap. I.

L'humanité a la vocation d'étouffer, autant qu'il est en elle, les suggestions des mobiles qui détournent la liberté humaine de la bonne voie et empêchent les progrès de l'évolution sociale. Chaque développement normal de la famille, de la société et de l'humanité ajoute, d'une manière plus ou moins immédiate, à la dignité, aux lumières, au bonheur individuels. La réciproque est également vraie ; car le bien des sociétés humaines résulte du bien de chacun des individus qui la composent.

Ne l'oublions jamais, il existe entre les lois et les mœurs une étroite, une indissoluble alliance. C'est même du seul progrès des mœurs qu'il faut attendre certaines lois.

Avec la marche du temps, cet infatigable serviteur de la Providence, tous les peuples de la terre peuvent être pacifiquement civilisés. Afin d'arriver à ce but, il est indispensable de confier de plus en plus le développement de la sociabilité humaine à toutes les nobles et généreuses conquêtes que l'esprit humain a faites dans le monde moral et dans le monde physique. Cette espèce d'empiétement sur la sphère de la personnalité humaine est incontestablement licite et méritoire. L'intelligence peut, à bon droit, réclamer le gouvernement du monde, si elle consent à ne jamais faire connaître son ascendant que par l'action pacifique et bienfaisante, élevée et pure, d'une autorité morale appliquée aux premiers intérêts de l'ordre social, à la noble vocation de l'humanité entière.

Exprimons à tous les hommes les mêmes pensées de sagesse et de vertu : faisons-leur comprendre les vérités qui surgissent du développement régulier des facultés humaines, et pour cela, facilitons les communications entre les peuples, rendons-les toujours moins étrangers les uns aux autres ; alors le droit de civilisation triomphera sans combats et sans obstacles, il arrivera du cabinet des sages aux peuples de l'Europe, et des peuples de l'Europe au monde entier, qui par là profitera des bienfaits que la Providence a mis à la portée de tous.

On ne peut s'empêcher de le reconnaître, d'utiles, de grandes améliorations s'opèrent en ce moment ; les barrières que les préjugés et les rivalités des peuples avaient élevées entre eux s'effacent ; les nations se rapprochent et multiplient leurs relations réciproques ; une secrète puissance semble avoir produit entre les peuples de nouveaux liens et certainement cette puissance bienfaisante ouvrira au monde des destinées meilleures. Courage donc ! que toutes les intelligences forment une ligue sublime, qu'elles s'appliquent à connaître les traits physiques et moraux qui caractérisent les principaux peuples qui s'agitent sur la scène du monde, qu'elles étudient les passions qui les asservissent, les mouvements politiques qui les travaillent et même les maladies qui les affectent [1], et alors, soyons-en persuadés, la civilisation s'agrandira chaque jour.

La vie de chaque nation présente dans son cours des moments où les légitimes espérances du pays, les réformes et les améliorations vraiment désirables, peuvent être réalisées sans violences et sans grande lésion d'intérêts respectables. Que de nations tombées en décadence, après avoir traversé des périodes de grandeur et de gloire, ont été pour ainsi dire au-devant de leur perte, parce qu'elles n'avaient pas su, quand il en était temps encore, s'occuper de leur régénération !

Pour faire avancer l'humanité dans la carrière de sa vocation en ce monde, carrière trop souvent entravée par les fausses doctrines, il importe d'éveiller et de maintenir autant que possible parmi les sociétés humaines des idées d'*ordre*, de *moralité*, de *progrès*. Les hommes sont alors mieux en état de résister aux obstacles nés des forces de la nature extérieure et de leur propre liberté d'action. Effectivement, en quoi la civilisation de toute société consiste-t-elle ? A mettre en harmonie les divers moteurs du progrès, à les organiser et à les répartir dans une même pensée de justice afin qu'ils soient productifs pour tous. Ce but n'est pas atteint par la simple organisation des rapports civils et politiques ; il faut encore que les lettres, les sciences, les arts, le commerce, la navigation et l'agriculture reçoivent des pouvoirs sociaux une protection vigilante et éclairée. C'est aussi une œuvre à la fois charitable et d'une haute importance sociale que de chercher, non par le pamphlet, mais par la réflexion et par l'expérience des faits, les moyens pratiques de diriger la classe ouvrière dans une vie qui ne doit point être purement matérielle et mécanique, de diminuer pour elle, par l'épargne et par l'association, les nécessités du travail, de l'élever à la notion de l'âme et de la destinée humaine [1].

---

[1] Car, ainsi que l'a dit avec raison J. Droz (*De la philosophie morale*), il appartient à la médecine de seconder la morale dans le grand œuvre de l'amélioration du sort des hommes.

Chaque institution politique ou sociale doit contribuer à la réalisation du plus grand bien possible. L'indépendance personnelle l'emporte-t-elle sur les droits de l'État ? il y a anarchie ; l'État veut-il absorber les activités individuelles ? il y a tyrannie. Toutes les institutions humaines qui tendent à étouffer les idées, à pétrifier pour ainsi dire les peuples, sont en opposition avec les lois de notre nature. Mais, par contre, un gouvernement qui retire lui-même les intelligences de la nuit où elles sommeillaient et qui ne s'occupe pas de les diriger vers le bien général, ne fait que léguer des révolutions aux temps futurs.

Les sociétés, on est obligé d'en convenir, ne peuvent être constituées de manière à satisfaire tout le monde, et ce n'est pas, quoi qu'on en dise, dans la forme des pouvoirs sociaux que se rencontre l'obstacle à la félicité universelle. Cet obstacle se trouve dans les éléments de notre nature même, dans nos penchants divers, dont les uns sont à favoriser, les autres à combattre. Toutes les doctrines de ces penseurs qui, dans le but de découvrir un rhythme social, ont indiqué les moyens de transition d'abord et d'organisation définitive ensuite, ont constamment échoué dans la pratique.

Est-ce à dire qu'il faille toujours mépriser tout ce qui paraît utopie? Je ne le pense pas. Plusieurs des doctrines que l'on considérait comme des rêveries métaphysiques, ont apporté cependant un certain contingent d'idées qui, sainement appréciées, étaient de nature à mettre plus en relief les hautes vérités sociales et les justes espérances de l'avenir.

Que les hommes sincèrement dévoués au bien commun de leur patrie étudient la maladie de la nation pour la traiter convenablement. Les lois humaines ne doivent pas être uniquement des palliatifs et des expédients : les institutions sociales ne sauraient rester moitié routine, moitié empirisme. Pour répandre l'aisance au sein des classes nombreuses, et pour les faire participer aux bienfaits d'une civilisation plus morale et plus éclairée, ne craignons pas de tenter d'utiles, de grandes améliorations. Semons dans le cœur des générations qui s'élèvent des sentiments de religion et de morale ; efforçons-nous de déraciner, au contraire, ces sentiments d'envie et d'insatiable ambition, cet inépuisable amour de la matière, qui engendrent les révolutions et détruisent toutes les existences. Dans les écoles, développons les facultés des enfants conformément à la destination de chacun et aux intérêts de la société, qui, plus tard, doit trouver en eux des citoyens laborieux et industrieux, instruits de leurs devoirs et pénétrés de respect pour les lois. Donnons autant que possible du travail aux gens valides, c'est l'agent moralisateur le plus actif; aux malades et aux infirmes, apportons les soulagements dont ils ont besoin ; enfin, n'oublions jamais que l'art social ne peut avoir d'autre but que de rendre les hommes plus parfaits et plus heureux. Pour parvenir à ce but et afin d'ouvrir au monde des destinées toujours meilleures, apportons chacun, suivant nos forces, notre pierre à l'œuvre des siècles, au monument de la civilisation.

---

[1] En donnant au gros du peuple la croyance à un meilleur monde fait pour lui, en lui faisant remarquer que toutes les conditions sociales sont bien plus égales que certaines personnes à vues courtes sont disposées à le croire, on obtiendra des ouvriers tranquilles et patients. La patience est fille de l'espérance; c'est elle qui produit des travailleurs moraux.

Chaque peuple, réuni en corps d'État, est une personne morale qui a des droits à faire respecter, des engagements à remplir vis-à-vis des autres États. Comme les individus, les peuples sont souvent placés à l'égard les uns des autres dans des situations particulières ; et néanmoins, en toute circonstance, ils doivent se conduire avec sagesse et dignité, se préoccuper sans cesse d'étouffer leurs inimitiés, de détruire de faux préjugés, de concilier ceux de leurs intérêts qui viennent se croiser sur la même route. Les limites d'un État marquent la fin d'un pouvoir souverain, mais non la fin de l'humanité. Puissent des sentiments conformes aux vrais intérêts de l'espèce humaine pénétrer chaque jour davantage dans l'esprit des peuples, et ne plus faire chercher les éléments de prospérité dans l'abaissement et l'oppression de leurs rivaux ! Puissent les nations modernes renoncer aux luttes armées ! Elles ont des conquêtes plus glorieuses à accomplir, ce sont celles de la civilisation, du progrès, du bien-être universel.

Chaque peuple a sa part dans la grande œuvre de développement que je viens d'esquisser pour toutes les sociétés humaines. N'oublions pas à cet égard la judicieuse remarque d'un auteur contemporain : « Deux faits coexistent et éclatent dans l'histoire « de la civilisation : d'une part, ce qui échappe à la science et « à la volonté humaine, le plan de la Providence sur le monde ;

« d'autre part, le rôle qu'y jouent la liberté et l'intelligence de « l'homme, ce qu'il y met du sien parce qu'il le pense et le veut « ainsi [1]. » Aussi, l'histoire n'est-elle pas une série d'événements qui se succèdent sans lien et sans but, c'est la marche de l'humanité guidée par Dieu dans la voie mystérieuse du progrès.

Suivant le cours des temps, les erreurs font successivement place à des vérités, les ténèbres se dissipent devant la lumière, « tout croît par une évolution progressive, comme a dit M. de Lamennais, mais le tout futur reste à jamais inachevé. » Telle est en ce monde la condition humaine. Par l'effet d'une espèce de mystère que Dieu seul saurait dévoiler, il nous a été donné d'entrevoir un idéal de perfection, d'y aspirer sans cesse, et cependant, malgré tous nos efforts, nous ne pourrons jamais ici-bas le réaliser complétement. Il y a dans ce monde des misères et des souffrances qui ont quelque chose d'irrémédiable et d'inhérent à la constitution humaine. Tout le génie de l'humanité ne peut espérer que de faire disparaître les circonstances aggravantes de ces maux et de ces souffrances. Le progrès de la science sociale consiste à augmenter la somme de satisfaction des meilleures tendances de notre nature, à réunir dans chaque société la plus grande masse possible de forces (physiques, intellectuelles et morales) capables d'étouffer tout germe de dissolution et de coopérer toujours davantage au développement de la *loi de perfectibilité*, ou, pour parler dans le sens chrétien, à l'action du dogme de la réhabilitation. Pour arriver à ces résultats si désirables, il importe d'imprimer aux institutions qui régissent les sociétés, aux mœurs et aux enseignements qui prennent tant d'empire sur les esprits, une direction tendant constamment à rétablir ce que l'action des mobiles intéressés de notre nature travaille à détruire sans cesse. Telle est la vocation de l'humanité en ce monde. Elle est assez noble, assez élevée pour que nous nous efforcions de ne pas y manquer.

---

[1] Cours d'histoire moderne, fait par M. Guizot en 1828, 11e leçon.

M. Charles Stoffels, auteur d'un livre publié en 1842, sous le titre de *Théologie de l'histoire*, reproduit à ce sujet les mêmes pensées que M. Guizot : « L'histoire, dit-il, est la réalisation, dans le temps et l'espace, des déterminations de la conscience humaine et de la volonté éternelle. La Providence et la liberté (le libre arbitre) sont les deux grandes causes de tous les événements, sont les éléments qui font la trame de l'histoire. »

Mais l'action providentielle est prédominante. C'est ce qui a fait dire à l'auteur du *Génie du* XIXe *siècle* : « Les événements sont l'œuvre de trop de monde pour l'être de personne ; ils écrasent l'individu. Aussi les esprits, que n'éclaire pas la foi, adorent-ils une force mystérieuse qui, pour les chrétiens, n'est que la Providence travaillant plus à découvert. » (Alletz, liv. V, chap. VI.)

Poussés par une force invincible, tous les peuples marchent donc, sous le regard de Dieu, vers l'accomplissement de la loi de perfectibilité humaine. Est-ce à dire que nous atteindrons jamais à des perfections divines, à la science absolue et infaillible qui ne réside que dans l'éternelle Sagesse? Non. Mais avec de la patience nous arriverons certainement à l'entière conquête de la vérité, dont la régénération des peuples sera le couronnement.

Toutes les institutions humaines doivent recevoir l'empreinte des notions les plus élevées et les plus exactes sur la destinée du genre humain. Qu'aussitôt recueillies, ces notions soient propagées; révélées dans le monde entier, elles deviendront les préceptes généraux et immuables de notre nature à la fois sympathique et réfléchie.

La vraie civilisation résulte du perfectionnement progressif de tous les actes de l'homme et du juste adoucissement des maux de la vie. Et n'allez pas penser que ces résultats s'obtiennent quand on se borne uniquement à favoriser le développement des forces physiques, ou à faciliter l'action de l'intelligence humaine. Les gouvernements ne sauraient trop se préoccuper de la culture des facultés de l'âme: sans cela, au lieu de peuples patients et laborieux, ils ne verront autour d'eux que des multitudes inquiètes, agitées incessamment par l'égoïsme et par les mauvaises passions [1]. Il est donc indispensable que le monde civilisé repose sur les bases de la vraie morale. Si nous étudions complétement toutes les facultés de l'âme, nous dématérialisons pour ainsi dire notre être. Des vérités jusqu'alors extrêmement vagues et confuses se réveillent en nous et entraînent nos pensées vers notre souverain bien, vers la Divinité, vers l'idéal de la perfection. Il y a comme une révélation de notre véritable destinée.

Quel avantage immense l'humanité entière ne retirerait-elle pas d'une éducation bien dirigée! Le raisonnement est l'arme de l'intelligence. En éclairant l'intelligence, on parviendrait plus facilement à préciser le raisonnement, à purifier les mœurs, à perfectionner la moralité publique. La tête de l'homme est pleine de germes utiles; qu'on la cultive, qu'on la féconde, on fera ainsi mûrir et venir à bien ce qu'il y a de plus lumineux et de mieux tempéré dans la vertu. « J'ai toujours pensé, disait Leibnitz (lettre à Placcius, t. V), j'ai toujours pensé qu'on réformerait le genre humain, si l'on réformait l'éducation de la jeunesse. » Cette pensée, si profondément vraie, n'a point échappé à l'auteur de l'*Essai sur l'art d'être heureux* (M. Droz). « En élevant avec soin nos enfants, dit-il, nous ferons beaucoup pour notre propre bonheur [1]. » Mais à quel moyen recoûrir afin de ne pas faire perdre à l'éducation de la jeunesse ses principes, son but et son utilité? Il faut veiller sans cesse à l'éducation de la nation elle-même. Les esprits doivent être dirigés de manière à saisir l'harmonie entre la condition sociale et la vocation morale des individus et des nationalités.

---

[1] Un péril bien grand encore serait d'isoler l'une de l'autre les facultés de l'âme. Développées séparément et en partie méconnues, elles prêteraient leur énergie à des ambitions funestes, à des désirs irréalisables.

J'ai insisté avec intention sur l'importance de l'éducation de la jeunesse ; j'ajoute, qu'à mes yeux, l'éducation des peuples est d'une tout aussi grande nécessité. Et je démontre mon opinion en peu de mots. A quoi servira l'éducation de l'enfance et de la jeunesse, si, au moment où elle cesse, le jeune homme entre dans un monde qui ne professe pas les mêmes opinions, et qui tournera même en ridicule les principes qu'on lui a donnés aux écoles? Bientôt il abandonnera tous les bons préceptes ; l'envie, l'avidité, l'inertie, la mollesse s'empareront de lui, et avec elles viendront la misère, l'esprit de désordre et la révolte. Ne doit-on pas en conclure que, s'il importe que l'éducation du jeune âge ne soit pas livrée au hasard, il importe tout autant, que celle de la nation, aussi grave et peut-être plus sérieuse, ne soit jamais négligée?

L'éducation de la jeunesse et l'éducation de la nation sont donc deux missions connexes. Il est impossible de gouverner des peuples sans mœurs, par conséquent il ne faut pas que ceux qui gouvernent négligent de les former.

---

[1] M. Descuret (*Médecine des passions*, notions préliminaires, p. XIII, 2e édit.) prescrit la culture simultanée des facultés physiques, morales et intellectuelles des enfants. « En veillant, dit-il, avec plus de soin sur l'éducation, en ne permettant pas de développer imprudemment une ou deux des facultés de l'élève au détriment des autres, en s'attachant au contraire à développer, à diriger, à satisfaire convenablement tous ses besoins, animaux, sociaux, intellectuels, les gouvernements finiraient par rendre les hommes plus forts et plus intelligents, parce qu'ils seraient meilleurs ; et en même temps meilleurs, parce qu'ils seraient plus intelligents et plus forts.»

Ainsi, en résumé, trois conditions sont nécessaires au maintien et à la prospérité des sociétés, et leur concours doit dominer les différents actes du développement de l'humanité. Ces trois conditions sont : l'*ordre*, la *moralité*, le *progrès*. L'*ordre*, la loi harmonique de la nature par excellence nécessairement imposée à l'homme, d'abord comme condition de son existence, puis comme condition de sa grandeur; la *moralité*, sans laquelle il n'y a pas de véritable dignité pour l'espèce humaine; enfin le *progrès*, ce mouvement invincible que rien ne peut arrêter, mais que l'on doit toujours s'efforcer de diriger vers le juste et le vrai.

RIGAUT.

(La fin à une prochaine livraison).

JURISPRUDENCE DE LA COUR DE CASSATION

SUR LES CONDITIONS DE L'EXERCICE DE L'ACTION EN RÉINTÉGRANDE.

Dissertation par M. DEROSNE, procureur impérial à Napoléonville.

L'art. 23 du Code de procédure civile décide que *les actions possessoires ne seront recevables qu'autant qu'elles auront été formées dans l'année du trouble, par ceux qui, depuis une année au moins, étaient en possession paisible par eux ou les leurs, à titre non précaire.*

N'en résulte-t-il pas que, soit dans le cas de complainte, soit dans le cas de réintégrande, le demandeur doit, pour triompher dans sa prétention, démontrer qu'il est dans les conditions de l'article que nous venons de citer; que le fait du trouble ou de la spoliation ne suffit pas pour assurer le succès de celui qui intente l'action possessoire ; qu'il doit de plus établir que la possession dans laquelle on l'a troublé, ou la possession qu'on lui a ravie, était une possession annale, paisible, non précaire?

Cependant la Cour de cassation distingue entre le cas de complainte et le cas de réintégrande. Elle exige de la part du demandeur en complainte le concours des conditions voulues par l'article 23; tandis que, pour le demandeur en réintégrande, elle se contente de la preuve du fait de spoliation : *Spoliatus ante omnia restituendus.*

L'action en réintégrande ne serait donc pas comprise dans les prévisions de l'art. 23, et de là des conséquences que la Cour de cassation a développées dans une série d'arrêts qui ne sont pas de simples décisions sur un point isolé, mais qui forment un système complet dont les diverses parties s'enchaînent avec toute la rigueur d'une logique sévère.

Examinons ce système, et pour ne pas affaiblir les arguments de la Cour régulatrice, laissons-lui la parole. Elle s'est fait entendre souvent par des arrêts nombreux, dont nous reproduirons les plus importants.

1° Elle décide que l'action en réintégrande est valablement intentée par celui qui ne possède qu'à titre précaire, — tel qu'un fermier (arrêt de rejet du 10 novembre 1819), ou tel qu'un antichrésiste (arrêt de rejet du 16 mai 1820).

2° Arrêt de cassation du 19 août 1839 : « La Cour, vu l'article 2060 du Code civil ; — attendu que l'action en réintégrande, généralement admise dans l'ancienne législation « française, ainsi que l'atteste un titre spécial de l'ordonnance « de 1667, — loin d'être abrogée par la législation nouvelle, est « considérée comme étant en pleine vigueur par l'art. 2060 du « Code civil ; — attendu que, pour donner matière à l'exercice « de l'action en réintégrande, la possession n'a pas besoin de « réunir toutes les conditions que la loi exige du possesseur, « soit pour prescrire, aux termes de l'art. 2229 du Code civil, « soit même pour exercer l'action en complainte possessoire, « aux termes de l'art. 23 du Code de procédure civile ; qu'il « suffit au demandeur de prouver qu'il avait la possession de « pur fait, c'est-à-dire la détention naturelle et purement matérielle de la chose, au moment où la voie de fait a été commise... Casse, etc. »

3° Arrêt du 28 décembre 1826 : « A l'égard des actions possessoires ordinaires, le jugement assure au possesseur une « possession civile, légale, définitive, et qui ne peut être renversée qu'au pétitoire ; tandis que, à l'égard de la réintégrande, « le jugement ne rend au détenteur que sa jouissance momentanée, matérielle, provisoire, et qui peut être anéantie même « au possessoire. »

4° Arrêt du 5 avril 1841 : « La Cour, vu l'art. 2060 du Code « civil ; — attendu, en droit, que nul ne peut se faire justice à « soi-même ; que celui qui a été dépossédé par violence ou voie « de fait, doit, avant tout, rentrer dans sa possession ; que c'est « sur ces principes conservateurs de l'ordre social et de la paix

« publique que repose l'action en réintégrande ; que cette action, généralement admise dans l'ancienne législation française, loin d'avoir été abrogée par la nouvelle, est reconnue « et consacrée par une disposition formelle de l'art. 2060 ; que « l'art. 23 Code de procédure civile, sainement entendu, ne « doit être appliqué qu'aux actions possessoires ordinaires à l'égard desquelles c'est le droit et la qualité, et non pas le fait « de la possession que l'on considère ; — qu'il suffit, pour faire « admettre l'action en réintégrande, que le demandeur prouve « sa possession actuelle et matérielle au moment de la violence « ou voie de fait dont il se plaint ; — que, sans doute, cette action ne prive pas le défendeur du droit de se pourvoir lui-même, par action en complainte possessoire, en vertu de sa « possession plus qu'annale pour le trouble qu'il a éprouvé et « qu'il n'a pu légalement faire cesser par une voie de fait ; mais « que la faculté d'exercer cette action en complainte et l'exercice même de cette action ne peuvent légitimer la voie de fait « dont la répression est l'objet de la demande ; que, par conséquent, quelle que puisse être la décision du défendeur sur « l'action en complainte possessoire, l'action en réintégrande ne « peut être écartée, quand le double fait de la possession actuelle et matérielle et la dépossession par voie de fait est « établi, etc. »

5° Arrêt du 23 novembre 1846 : Vu les art. 2060 Code civil,— 6, n° 1, de la loi du 25 mai 1838, — 23 Code procédure civile, — « Attendu que la réintégrande est une action possessoire d'un caractère spécial, qu'elle se justifie par le fait de la « dépossession violente, indépendamment du droit respectif des « parties ; qu'il suffit donc que le demandeur prouve la possession actuelle et matérielle au moment de la violence dont il se « plaint ; — attendu que cette action, reconnue et consacrée « par l'art. 2060, Code civil, et par l'art. 6, n° 1 de la loi du « 25 mai 1838, a dû conserver son caractère essentiel, en passant de l'ancienne législation à la nouvelle ; qu'ainsi elle doit « être exceptée de la disposition de l'art. 23 du Code de procédure civile, qui exige la possession paisible du demandeur « depuis une année ; — attendu que, ne pas admettre cette « exception, ce serait méconnaître le principe que celui qui est « violemment dépossédé doit, avant tout, être rétabli dans sa « possession, et créer une sorte de droit de se faire justice à

« soi-même ; — attendu qu'il suit de là que le tribunal de Niort, « en rejetant la demande en réintégrande, qui lui était soumise, « par le motif que le demandeur ne justifiait pas de la possession « annale, a violé..., etc. »

6° Arrêt du 3 juillet 1850 : « Attendu que le possesseur, « troublé par une voie de fait, peut agir, ou par voie de com« plainte, s'il est depuis une année au moins en possession pai« sible à titre non précaire, ou par voie de réintégrande, s'il « n'a qu'une possession actuelle et de fait...., etc. »

Telle est la jurisprudence de la Cour de cassation formulée par ses propres arrêts. Elle est adoptée par MM. Henrion de Pansey, Dalloz, Duranton, Cappeau (*Traité de législation rurale et forestière*), Vaudoré (*Droit rural*).

Mais il est aussi des auteurs qui décident que, pour intenter l'action en réintégrande, comme pour exercer la complainte, le demandeur doit fonder ses droits sur une possession civile et annale; et, parmi ces auteurs, nous rencontrons MM. Berriat Saint-Prix, Boitard, Curasson, de Parieu, Poncet, Toullier, Troplong, — Toullier et Troplong, dont les noms sont devenus synonymes de celui de la science même du Droit.

Au milieu de ce conflit d'autorités, nous éprouvons un certain embarras à émettre une solution, non pas que notre conviction soit chancelante; mais nous avons dû hésiter à faire connaître notre sentiment, parce que ce sentiment est en opposition avec la jurisprudence constante de la Cour de cassation; parce que, habitué à nous incliner avec respect devant les arrêts de cette Cour, et à consulter religieusement ces oracles de la jurisprudence, il nous en coûte de nous écarter de ces décisions imposantes, qui sont les guides les plus sûrs des magistrats, les plus précieuses garanties pour les plaideurs, et la plus efficace protection pour la loi même, dont elles assurent l'uniforme exécution.

Nous posons en principe que, pour exercer l'action en réintégrande, comme pour exercer la complainte, il faut : 1° une possession légale, civile; 2° une possession annale.

La Cour de cassation, au contraire, se contente d'une possession matérielle et actuelle. Les arguments qu'elle invoque peuvent se diviser en trois classes :

1° Arguments tirés du texte des lois;

2° Arguments tirés de l'histoire;

3° Arguments fondés sur l'équité, sur l'ordre public.

1° *Arguments fondés sur l'équité, sur l'ordre public.* — Le défendeur à l'action en réintégrande a usurpé par violence l'immeuble qu'il détient; or, nul ne peut se faire justice à soi-même; et si la faveur qui s'attache au titre de propriétaire semble protéger le défendeur, cette faveur disparaît et s'anéantit pour ne laisser paraître que la tache ineffaçable des voies de fait, par lesquelles il a prétendu assurer le triomphe de son titre. *Cur enim ad arma, ad rixas procedere patiatur prætor, quas potest jurisdictione suâ compescere?*

Oui, le recours à la justice vaut mieux mille fois que l'appel aux armes; une conciliation pacifique est préférable aux excès toujours funestes de la violence; et partant il est souverainement utile de proclamer qu'en thèse générale nul ne peut se faire justice à soi-même. — Mais, à côté de ce principe tutélaire, il en existe un autre non moins respectable : c'est que le droit de propriété, le droit de possession sont des droits sacrés; c'est que chacun peut en user comme bon lui semble : *neminem lædit, qui jure suo utitur.* Tant que les violences ne s'adresseront qu'à l'immeuble, s'il est permis de parler ainsi, le propriétaire sera dans son droit; — que si les violences s'adressent à la personne du détenteur, elles deviennent illégitimes; elles dépassent le but; elles tombent sous l'application de l'art. 311 du Code pénal; usez de vos droits, mais n'attaquez pas les droits d'autrui; — reprenez votre immeuble, puisque c'est votre bien, mais n'attaquez pas la personne du défendeur, puisque tel n'est pas votre droit. — Surtout que l'on considère bien que, s'il est très-vrai qu'en général nul ne peut se faire justice à soi-même, il est très-inexact d'en inférer qu'il est au pouvoir de chacun d'établir une sanction contre quiconque enfreint la prohibition; que cette sanction ne peut exister que par la puissance de la loi; que la règle la plus équitable, la plus juste, la plus nécessaire n'autorise pas les juges à créer des actions qui n'existent pas, ou à donner à ces actions des caractères que les textes ne lui ont pas attribués; que, sans textes, en un mot, il est impossible de faire une exception à l'art. 23 Code de procédure civile, et de déclarer qu'une simple possession matérielle et actuelle suffit pour faire consacrer par les tribunaux les droits prétendus du demandeur en réintégrande. — Ces textes que nous cherchons, les trouverons-nous?

2° *Arguments tirés du texte des lois.* — Dans le Code Napoléon, un seul texte parle de la réintégrande, l'art. 2060; dans le Code de procédure civile, les art. 23 et suivants régissent la matière des actions possessoires; dans la loi de 1838 enfin, l'article 6, n° 1, classe la réintégrande dans la catégor ie des actions possessoires.

Le principe général est écrit dans l'art. 23 Code de procédure civile : « Les actions possessoires ne seront recevables qu'autant « qu'elles auront été formées dans l'année du trouble, par ceux « qui, depuis une année au moins, étaient en possession paisible, « par eux ou les leurs, à titre non précaire. » Les conditions de l'exercice des actions possessoires sont donc : 1° une possession véritable; 2° une possession annale.

Selon la jurisprudence de la Cour de cassation, ce principe reçoit exception en matière de réintégrande; la réintégrande ne présuppose pas, de la part du demandeur, une possession véritable, mais une simple détention de fait; — la réintégrande n'est même pas une action possessoire ordinaire.

Nous le disons avec toute la déférence que nous devons à la Cour de cassation, mais nous le disons la loi de 1838 à la main : ce caractère si essentiellement exceptionnel de la réintégrande ne nous semble pas complétement justifié. L'art. 6, n° 1, de la loi précitée porte : « Les juges de paix connaissent à charge « d'appel..... des dénonciations de nouvel œuvre, complaintes, « *actions en réintégrande et autres actions possessoires.* » N'est-ce point là une assimilation absolue de la réintégrande et des autres actions possessoires? Les actions possessoires ne sont-elles pas le genre dont la réintégrande est une des espèces? En présence de l'art. 6 de la loi de 1838, peut-on soutenir que la réintégrande n'est pas une action possessoire ordinaire?

La Cour de cassation combine la loi de 1838 avec l'art. 2060 du Code Napoléon. La contrainte par corps a lieu, aux termes de l'art. 2060, *en cas de réintégrande, pour le délaissement ordonné par justice d'un fonds dont le propriétaire a été dépouillé par voies de fait.* D'où il suit que la réintégrande existe à l'état d'action spéciale, distincte de la complainte, produisant des effets particuliers, s'étayant sur la contrainte par corps.

On ne peut le méconnaître, la réintégrande produit un effet spécial, la contrainte par corps. — Mais en faut-il induire que les conditions de son exercice soient différentes de celles de la complainte? Qu'il suffit, pour réussir dans la réintégrande, de justifier d'une possession actuelle et matérielle, tandis qu'il faut une possession civile et annale pour réussir dans la complainte? Telle n'est pas la conséquence nécessaire des prémisses posées.

Il importe de remarquer d'ailleurs que l'art. 2060 Code Napoléon, crée une faveur spéciale au profit, non pas de tout détenteur spolié, mais seulement du *propriétaire dépouillé par voies de fait.* — Ne serait-il pas trop dur de rétorquer cet article contre le propriétaire, alors que ce sera lui qui rentrera par violence dans sa chose; de soutenir contre les droits du légitime propriétaire ceux du détenteur que le hasard lui oppose?

En résumé, la complainte et la réintégrande sont, à notre sens, deux actions possessoires, régies l'une et l'autre par l'article 23 du Code de procédure civile. — Entre ces deux actions, il existe des différences : 1° La complainte s'exerce dans le cas de simple trouble; la réintégrande, dans le cas de spoliation; — 2° la réintégrande peut avoir pour sanction la contrainte par corps; la complainte n'entraîne pas cette rigoureuse conséquence : différences quant à la nature du trouble, quant aux effets des deux actions. — Mais nulle part ne se révèle de différence ni quant à la nature de la possession, ni quant à la durée de cette possession. — Sous le premier rapport, la possession doit donc être réelle, civile, légale, et ne pas se réduire à une simple détention; sous le second rapport, elle doit être annale; une simple détention actuelle ne serait de nulle valeur.

Il nous paraît qu'il n'y a rien à répondre au syllogisme de Toullier : « La réintégrande est une action possessoire; or, l'ac-« tion possessoire n'est recevable qu'autant qu'elle est exercée « par ceux qui, depuis une année au moins, sont en possession « paisible par eux ou les leurs, à titre non précaire. Donc la « réintégrande ne saurait compéter à celui qui n'a pas une pos-« session annale, non précaire. »

Non, la réintégrande n'est pas une action possessoire exceptionnelle; c'est une action possessoire ordinaire. M. Barthe nous le dit formellement dans son exposé des motifs de la loi de 1838 : « Aucune des matières soumises aux juges de paix n'offre plus « de difficulté que le jugement des actions possessoires, à raison « des doutes qui s'élèvent pour décider si la possession est ac-« quise; — quelquefois pour discerner si l'action intentée est *de « la nature de celles que la loi a qualifiées possessoires* (l'art. 23

« seul les a qualifiées). — Sous le premier rapport, tout dépend « forcément de la sagacité du magistrat ; sous le second, *le lé-« gislateur doit ne plus abandonner aux variations de la juris-« prudence la solution de quelques questions controversées ou qui « pourraient l'être.* Dans ce dessein, le projet ajoute à l'art. 10 « de la loi du 24 août 1790, en s'expliquant au sujet des entre-« prises commises dans l'année sur les canaux servant aux rou-« lements des usines et moulins, *et en classant formellement au « nombre des actions possessoires* les dénonciations de nouvel « œuvre, la complainte qui s'exerce en cas de trouble apporté « à une possession, la réintégrande qui suppose la spoliation du « possesseur. »

A la suite de ces motifs intervient l'art. 6, n° 1, de la loi de 1838, qui place sur la même ligne, sans distinction aucune, la réintégrande, la complainte, la dénonciation de nouvel œuvre ; toutes actions qui se rangent fatalement dans la catégorie *de celles que la loi a qualifiées possessoires*, c'est-à-dire de celles qui sont qualifiées et régies par l'art. 23 du Code de procédure civile, et dont l'exercice suppose invinciblement : 1° une possession véritable ; 2° une possession annale.

Au surplus, M. Barthe ne faisait que reproduire, le 15 janvier 1838, devant la chambre des pairs, les intentions du législateur de 1806. L'orateur du Tribunat disait alors : « Le Code « décide, comme l'ordonnance de 1667, que l'action possessoire « doit être formée dans l'année du trouble ; *mais il ajoute, ce « que la jurisprudence seule avait établi, que celui qui forme cette « action, doit être en possession depuis un an au moins.* »

Le législateur a sous les yeux l'ordonnance de 1667 ; cette ordonnance s'occupe de la complainte et de la réintégrande ; le législateur déclare qu'il fait une innovation ; qu'il exige ce que l'ordonnance n'exigeait pas, une possession annale de la part du demandeur ; et, après une manifestation si claire, si précise, si solennelle, on pourrait distinguer encore, et décider que l'innovation dont il s'agit s'applique à la complainte, il est vrai, mais non pas à la réintégrande !

3° *Arguments historiques.* — L'histoire semble fournir à la Cour de cassation des arguments irréfragables.

Au XIIIe siècle, au temps de saint Louis, les violences, les guerres privées demandaient des répressions sévères, énergiques ; les guerres privées avaient jeté le pays dans une profonde anarchie. Il fut statué que nul, fût-il légitime propriétaire et possesseur, ne pourrait reprendre par violence la propriété, la possession de sa chose ; et si, par les armes, le seigneur reprenait son manoir, on le déjetait à son tour ; on lui appliquait la maxime : *Spoliatus ante omnia restituendus.*

Ces lois restèrent-elles en vigueur? « Les *Etablissements*, dit « Châteaubriand, furent le dernier présent et comme les derniers « adieux qu'un saint faisait à la terre. L'ignorance, les intérêts, « les passions, qui ne purent rien contre la mémoire de ce grand « homme, furent tout-puissants contre ses lois. »

Il est inutile, du reste, de remonter jusqu'au XIIIe siècle. L'orateur du gouvernement disait, sur le projet du Code de procédure civile : « Le titre sur les actions possessoires manquait dans « la loi de 1790 ; nous n'avons pas dû nous dispenser de rappeler « quelques règles sur cette matière qui forme une partie si « importante des attributions du juge de paix. Ces règles ont « pour objet le temps où l'action possessoire peut être exercée, « la manière de prouver la possession, la défense de cumuler le « possessoire et le pétitoire. Du reste, *les dispositions de ce titre « n'ont rien de contraire à celles de l'ordonnance de* 1667. »

Il faut donc se reporter, non pas au XIIIe siècle, mais au XVIIe, mais à l'ordonnance de 1667, — ordonnance conforme à celle de Charles VIII (art. 7), et à celle de François Ier, donnée à Villers-Cotterets en 1539. Nous embrassons, par conséquent, depuis Charles VIII jusqu'aux lois de 1791, du XVe au XVIIIe siècle, une période de trois cents ans : c'est bien assez, et la tâche se simplifie beaucoup, si l'on songe que l'ordonnance de 1667, conforme aux précédentes, comme nous venons de le dire, résume l'état du Droit à cette époque.

Notre thèse est simple.

1° Sous l'ordonnance de 1667, la complainte et la réintégrande se confondent ; mêmes conditions pour l'exercice de ces deux actions ;

2° Tous les auteurs supposent que, pour cet exercice, il faut se prévaloir d'une possession véritable, et qu'une simple détention matérielle est insuffisante ;

3° Un grand nombre d'auteurs exigent, pour la réintégrande comme pour la complainte, une possession annale.

Et d'abord, sous l'empire de l'ordonnance de 1667, pas de distinction entre la complainte et la réintégrande, quant à l'exercice de ces deux actions : cette ordonnance (tit. XVIII, art. 1er) porte : « Si aucun est troublé en la possession et jouissance d'un « héritage, ou droit réel, ou universalité de meubles qu'il pos« sédait publiquement, sans violence, à autre titre que de fer« mier ou possesseur précaire, il peut, dans l'année du trouble, « former complainte, en cas de saisine et nouvelleté contre celui « qui a fait le trouble. — Art. 2. Celui qui aura été dépossédé, « par violence ou voie de fait, pourra demander la réintégrande, « par action civile et ordinaire, ou extraordinairement par ac« tion criminelle : et s'il a choisi l'une de ces deux actions, il ne « pourra se servir de l'autre, etc. »

L'ordonnance de 1667 est muette sur la condition de possession annale ; elle ne l'exige expressément ni pour la réintégrande, ni même pour la complainte ; elle ne se prononce pas. — Le législateur de 1806, au contraire, requiert d'une manière formelle et sans distinction, la condition d'annalité ; et il nous avertit que c'est là une innovation. Il a sous les yeux l'ordonnance de 1667, qui s'occupe et de la complainte et de la réintégrande ; il établit une prescription nouvelle, sans faire aucune différence entre ces deux actions. Serait-ce un oubli de sa part? Ne serait-ce pas plutôt l'intention manifeste d'assimiler les deux actions quant aux conditions de leur exercice?

Les auteurs confondent également ces deux actions. — Domat, dans le *Traité des lois civiles* (t. IV, p. 253, au chap. *De la Possession*, § 18), s'exprime ainsi : « Celui qui prétend avoir « été troublé dans sa possession doit faire sa demande, qu'on « appelle complainte, pour le possessoire, dans l'année à compter « du jour où il a été troublé. Car s'il laisse la partie en posses« sion pendant une année, il a perdu la sienne, quelque droit « apparent qu'il pût y avoir. » Après avoir émis cette proposition sur la complainte, l'auteur l'appuie sur un texte qui s'applique à la réintégrande, tant est légère la ligne de démarcation qui sépare les deux actions : VI PULSOS RESTITUENDOS *esse interdicti exemplo, si nedum utilis annus excessit, certissimi juris est* (L. 2, Cod., *unde vi*).

Pothier, dans son *Traité de la Possession*, n° 106, est plus explicite : « On appelle action en réintégrande l'action de com« plainte, lorsqu'elle se donne pour le cas de force et de désai« sine, c'est-à-dire dans lequel le possesseur n'est pas seulement « troublé, mais a été entièrement dépossédé par la violence. »

La réintégrande ne serait donc qu'une espèce, une variété de la complainte. Qu'il y a loin de là au système de la Cour de cassation, selon lequel la réintégrande n'est même pas une action possessoire ordinaire !

Ferrières est quelquefois classé parmi les auteurs qui n'exigent pas la possession annale pour la réintégrande ; c'est par erreur, et il importe d'expliquer sa pensée.

Dans son *Commentaire de la Coutume de Paris*, il hésite. L'ordonnance de 1667 est muette ; l'art. 96 de la Coutume de Paris se tait également. Ferrières dit en conséquence : « *Je crois* que « cette possession d'un an n'est pas aujourd'hui, dans notre cou« tume, une condition requise pour pouvoir intenter la com« plainte, mais qu'il suffit pour cela de justifier sa possession « non vicieuse pour y être maintenu ou réintégré, quoiqu'elle « ne soit pas d'un an, etc. »

Ferrières ne distingue pas entre la complainte et la réintégrande ; il n'exige la possession annale ni pour l'une ni pour l'autre. Mais la jurisprudence se fixe ; Ferrières écrit un autre ouvrage, postérieurement à la publication de son *Commentaire sur la Coutume de Paris*. Dans son *Dictionnaire de Droit*, où il résume la législation des ordonnances et des coutumes, il nous est donné de lire.

1° V° *Réintégrande :* « § 2. C'est une maxime certaine, ti« rée du Droit civil et du Droit canon, que *Spoliatus ante omnia* « *restituendus est, etiam si qui spoliatus est nullum jus in re ha*« *beat : quia nemo jus sibi dicere potest, et alium de suâ posses*« *sione dejicere. Aliàs, partes quotidiè ad arma prosilirent, sic*« *que pax et concordia civium turbaretur.* — § 16. La réinté« grande n'est point distinguée de la complainte ; mais elle est « comprise sous icelle dans le cas où il y a eu spoliation, et non « pas simple trouble..... — § 19. Voilà pourquoi l'ordonnance « parle de la réintégrande sous le titre de la complainte..... — « § 20. *Pour intenter l'une ou l'autre de ces actions, il faut :* « 1° *Avoir été troublé ou déjeté de la possession paisible où l'on* « *était pendant un an et jour et cela nec vi, nec clàm, nec preca*« *riò ab adversario*, etc. »

2° V° *Spoliation :* « La spoliation est l'expulsion violente « ou l'action par laquelle on déjette quelqu'un de la possession « d'un bien ou d'un droit dont il jouissait. Elle donne lieu à la « réintégrande, par laquelle celui qui est spolié doit être avant

« toutes choses remis en la possession de l'héritage dont il a été « déjeté, *et qu'il possédait paisiblement depuis un an et jour.* « *Spoliatus ante omnia restituendus.* »

Rousseaud de Lacombe dit à son tour, dans son *Recueil de Jurisprudence civile*, v° *Complainte :* « L'effet de la complainte « est que celui qui est troublé soit *réintégré ou maintenu* en « prouvant sa possession annale, sans entrer en discussion du « fond. »

Dans ce dernier état du Droit, — et ce Droit seul a pu entrer dans la législation actuelle, — la complainte et la réintégrande se confondent; beaucoup d'auteurs exigent, pour l'exercice de ces deux actions, une possession annale, — et ceux mêmes qui n'exigent pas cette possession annale, exigent au moins une possession légale, civile, non vicieuse, une possession véritable, et non une simple possession matérielle. Ainsi Denisart, v° *Complainte*, § 14, a écrit : « Pour intenter la complainte, il faut avoir « la possession d'an et jour dans le dernier temps, et y être trou- « blé. Pour demander la réintégrande, la possession actuelle « (Denisart n'ajoute pas : et matérielle), au temps où l'on a été « dépossédé, suffit. » Nulle part l'on ne voit de distinction entre la nature de la possession requise pour la complainte, et la nature de la possession requise pour la réintégrande.

Il nous paraît, en conséquence, que l'histoire ne fournit pas des arguments invincibles pour affranchir de la condition d'annalité le demandeur en réintégrande.

Pour connaître les conditions véritables de l'exercice de la réintégrande, il faut s'attacher à la règle générale de l'art. 23 du Code de procédure civile ; et si l'on remonte à l'ancien Droit, il faut s'en tenir à l'ordonnance de 1667.

Voudrait-on reculer jusqu'au XIIIe siècle ? Ce serait s'exposer à instituer une réintégrande qui ne serait ni celle du Droit ancien, ni celle du Droit moderne; une réintégrande *sui generis* dont les règles nous seraient enseignées de temps à autre, mais qui sont loin d'être toutes formulées.

Nous savons bien jusqu'ici :

1° Que le possesseur spolié n'a pas besoin de la possession annale ;

2° Qu'il n'a même pas besoin de posséder, qu'il lui suffit de détenir ;

3° Que la réintégrande est une action possessoire, mais qui fait exception à l'art. 23 du Code de procédure civile ;

4° Que cette action possessoire n'est pas une action possessoire ordinaire, mais une action *sui generis*.

La conséquence de ces règles a été consacrée par des arrêts de la Cour de cassation. Il a été décidé que l'action en réintégrande devait être accordée *au fermier dépossédé* (arrêt du 10 novembre 1819).

C'est heurter de front la doctrine de Pothier. — Pothier, qui fait loi si souvent pour le Droit actuel, ne sera donc d'aucune autorité lorsqu'il s'agira d'interpréter l'ancienne jurisprudence? « L'action de réintégrande, dit-il, étant l'action qu'a celui qui a « été dépossédé, *et n'y ayant que celui qui possédait*, qui puisse « être censé avoir été dépossédé, il s'ensuit que lorsqu'un fer« mier a été chassé par violence d'un héritage qu'il tenait à « ferme, il peut bien avoir une action *in factum* contre celui qui « a exercé la violence, pour réparation du tort qu'il lui a causé ; « mais il ne peut pas exercer contre lui l'action de réintégrande « (L. 1, § 10, ff. *de vi et vi armatâ*). Car ce n'est pas lui qui pos« sédait l'héritage, ni par conséquent lui qui en a été dépossédé; « c'est celui de qui il tenait la ferme, qui en était le possesseur « et qui en a été dépossédé, et c'est lui seul qui a droit d'inten« ter l'action en réintégrande. » (Pothier, *Possession*, n° 115.— *Conf.* Bourjon, VI, IV, 1, 3, 21.)

Il est grave de soustraire la réintégrande aux règles de l'article 23 du Code de procédure civile ; car il résulte de là des conséquences que nous ne ferons qu'indiquer :

1° En général, un possesseur spolié devait agir dans l'année du trouble. Mais il pouvait, d'après Pothier, agir en réintégrande, même après l'année du trouble, tant que le spoliateur lui-même se trouvait en possession (Pothier, *Traité de la Possession*, n° 124). La loi de 1838, art. 6, en décide autrement : mais n'y aurait-il pas, pour la réintégrande, une exception à cet art. 6, comme il y en a une à l'art. 23 du Code de procédure civile?

2° L'action en réintégrande, selon Denisart, peut s'intenter pour les meubles comme pour les immeubles ; et non-seulement pour des universalités de meubles, mais encore pour des objets particuliers. La réintégrande étant une action spéciale, cette décision devrait-elle être maintenue dans notre législation ?

3° Les *Etablissements* de saint Louis exigeaient la réintégration, même au profit du voleur, fût-il prouvé que celui-ci avait volé la chose, qu'il l'avait *tollue et mal emblée.* Eh bien, nous le supposons, un voleur est surpris en flagrant délit par le propriétaire; celui-ci le poursuit, l'arrête, lui arrache la chose volée; la lui arrache par violence. L'affaire est poursuivie en justice correctionnelle. Le ministère public se lève et requiert condamnation contre le prévenu. Ce voleur a la pensée d'invoquer la maxime *Spoliatus ante omnia restituendus.* Les juges devraient-ils s'arrêter devant cette prétention aux allures gothiques et de style moyen âge? Ils n'en feraient rien, encore qu'on leur prouvât que la réintégrande est une action très-exceptionnelle, régie, non point par la législation actuelle, mais bien par les *Etablissements* du XIIIe siècle.

C'est que l'ancien Droit ne régit plus cette matière;

C'est que la loi nouvelle a parlé;

C'est que l'art. 23 du Code de procédure civile a réglé les conditions de l'exercice de la réintégrande;

C'est qu'il exige, de la part du demandeur, pour la réintégrande comme pour la complainte: 1° une possession véritable, 2° une possession annale.

Beaumanoir rend compte d'un jugement qui décidait que, pour obtenir la réintégrande: 1° il n'était pas nécessaire d'avoir possédé an et jour; 2° qu'après avoir échoué lors de la réintégrande, le possesseur annal pouvait prendre sa revanche par la complainte.

Ce jugement est du XIIIe siècle.

Le 5 avril 1841, la Cour de cassation décidait que l'action en réintégrande intentée contre le possesseur annal, ne privait pas celui-ci de se pourvoir lui-même par action en complainte possessoire, mais qu'au préalable il fallait statuer sur la réintégrande (Voir aussi l'arrêt de 1826).

Ainsi, la réintégrande, action possessoire, règle-t-elle définitivement le possessoire? Pas nécessairement; le demandeur, aujourd'hui victorieux dans la réintégrande, pourra demain succomber dans la complainte; et, sur un même litige, sur une question de possession, il faudra deux actions, deux jugements, l'un sur la réintégrande, l'autre sur la complainte; et c'est là encore une conséquence du principe qui fait de la réintégrande une action possessoire spéciale, non ordinaire. Cette conséquence est-elle bien en harmonie avec l'esprit de la législation moderne?

— L'orateur du gouvernement disait, au sujet des art. 23 et suivants du Code de procédure civile : « Sur cette partie, comme « sur toutes les autres, nous avons conservé tout ce qui nous a « paru bon. Nous n'avons pas aspiré à la vaine gloire de faire « du nouveau, mais à la gloire solide de tracer une marche sim« ple, peu dispendieuse et qui conduise au but qu'on doit se « proposer, c'est-à-dire à la pleine instruction du juge, sans ce« pendant accabler le plaideur sous des frais inutiles. »

Est-ce une marche simple, que celle qui divise en deux parties un procès qui peut se juger en une seule fois ?

Est-ce une marche peu dispendieuse, que celle qui oblige aux frais de deux procédures, de deux jugements, alors qu'un seul jugement pourrait terminer le litige ?

Est-ce une marche qui conduise au but, que celle qui oblige les juges à défaire le lendemain leur ouvrage de la veille ?

Les auteurs du XV^e^ au XVIII^e^ siècle, les coutumes, les ordonnances des rois, le système général du Code de procédure civile, tout suppose que les actions possessoires ont la vertu de régler le possessoire ; que le possessoire se règle en une fois ; qu'ensuite en se pourvoit au pétitoire. La loi défend le cumul du possessoire et du pétitoire ; elle ne défend nulle part le cumul des actions possessoires ; de telle sorte que ce qui touche le possessoire peut régler d'un seul coup, par un même jugement ; d' il suit que la complainte peut être opposée comme défense à la réintégrande. C'est là la conséquence de la doctrine que nous suivons, doctrine qui tend à confondre la réintégrande et la complainte sous le niveau de l'art. 23 du Code de procédure civile.

Un arrêtiste célèbre, M. Dalloz, tout en admettant les principes généraux de la jurisprudence de la Cour de cassation sur l'action en réintégrande, ajoute cependant : « Il arrivera souvent « que les deux actions se trouveront cumulées, et que la com« plainte fondée sur l'allégation de la possession annale sera « formée reconventionnellement comme moyen de défense à la « réintégrande. Rien ne s'oppose à ce cumul : seulement, dans « ce cas, l'instance en réintégrande dégénère en une action en « complainte, et il ne reste plus au juge de paix, selon la règle « tracée par l'art. 23 du Code de procédure civile, qu'à adjuger « la possession définitive à celle des deux parties qui justifiera « de la possession annale. » — Nous admettons cette décision.

Mais M. Dalloz ne sacrifie-t-il pas ici l'absolue spécialité de la réintégrande qu'il admet en principe?

Lanjuinais et Duparc-Poullain posent une distinction qui se rapproche de la précédente : La spoliation est-elle le fait d'un étranger? Ils accordent au possesseur dépossédé la réintégrande, encore qu'il n'ait pas la possession annale. La spoliation est-elle le fait du propriétaire ou du possesseur annal? Le détenteur dépossédé est mal fondé dans son action en réintégrande : car la possession n'a pu résider sur deux têtes à la fois; *duo in solidum possidere non possunt;* le possesseur annal est le véritable propriétaire; il doit vaincre.

Quelque système que l'on adopte, il est impossible d'admettre l'opinion de Lanjuinais et de Duparc-Poullain en ce qui touche le propriétaire spolié; il évincerait le spoliateur, parce qu'il est propriétaire, — possesseur annal ou non, peu importe! Il prouverait qu'il est propriétaire! Mais ce serait confondre le pétitoire et le possessoire; ce serait un amalgame de deux actions qu'il n'est pas permis de cumuler.

Nous avons terminé l'examen que nous nous étions proposé; nous avons évité une discussion qui eût été trop inégale; nous n'avons fait qu'exposer le système de la Cour de cassation, la doctrine des auteurs, l'enchaînement des textes, les motifs qui ont déterminé le législateur. Nous avons fait connaître notre opinion dans une question singulièrement ardue, et si nous sommes dans l'erreur, nous avons du moins fait tous nos efforts pour découvrir la vérité.

Il nous semble que ce qui exerce la plus décisive influence sur l'esprit des jurisconsultes qui refusent de voir dans la possession annale l'une des plus essentielles conditions de l'action en réintégrande, c'est le danger des conflits, des rixes, des violences, c'est la crainte de voir les particuliers usurper les droits de la puissance publique et se faire justice à eux-mêmes. Mais ce danger est-il bien réel? Ces craintes sont-elles bien fondées? Et si le mal est possible, n'est-ce pas s'égarer que d'en chercher le remède dans un Code de procédure civile? Ne serait-il pas mieux d'avoir confiance dans le Code pénal et dans les magistrats chargés de l'appliquer?

TH. DEROME.

PRISONNIER POUR DETTES.—ÉVASION.—RÉINTÉGRATION PAR LE GEOLIER.

Dissertation par M. E. Corne, avocat à Condom.

La *Revue critique de législation et de jurisprudence* contient dans son numéro d'août un article de M. V. Molinier, professeur de Droit criminel à la faculté de Toulouse, sur les suites de l'évasion d'un prisonnier pour dettes et des diligences que peut faire le geôlier pour le réintégrer dans la prison.

Des trois questions posées par l'auteur de la dissertation, et qu'il résout par ses propres idées, et en s'appuyant sur celles de M. Romiguières, d'abord avocat très-distingué du barreau de Toulouse, puis procureur général, et enfin conseiller à la Cour de cassation, il en est une dont la solution nous semble pouvoir être contredite, c'est celle relative à la réintégration du prisonnier par le geôlier lui-même, saisi, soit dans les temps voisins de l'évasion, soit sans détermination d'époque.

Rappelons d'abord les termes de la question et la solution de M. Romiguières :

Question : « Lorsqu'un prisonnier pour dettes parvient à s'é-« vader, le geôlier, s'il le suit, ou le rencontre, peut-il l'arrêter « lui-même et le rétablir dans la prison, sans le ministère d'un « huissier, et sans observer les règles tracées par le Code de « procédure civile au titre *De l'Emprisonnement ?* »

Solution de M. Romiguières. « Le débiteur contraint par « corps, emprisonné, écroué, et qui s'évade, n'en reste pas « moins sous l'effet de l'écrou, et en quelque sorte à la « charge du gardien auquel il fut confié ; aussi ce dernier a-« t-il, par lui ou par ses agents, le droit de l'arrêter partout où « il le rencontre et de le réintégrer dans la prison dont il n'est « pas sorti légalement. Les nouveaux principes, les nouvelles « lois, n'ont rien qui déroge à cet égard aux anciens principes, « à l'ancienne jurisprudence. » (Voy. Denizart, v° *Geôlier*, et les arrêts qu'il rapporte, ainsi que le *Traité de la contrainte par corps*, par Fournel, p. 163.)

M. V. Molinier a besoin pour ainsi dire de la grave opinion de M. Romiguières pour admettre cette solution; mais s'il ne la restreint pas à l'évasion flagrante, instantanée, actuelle, accompagnée de poursuites de la part du geôlier ou de ses agents, il n'admet cependant la recherche et la saisie du débiteur que dans un temps voisin de l'évasion et lorsqu'elle est notoire pour tous : il rejette toute recherche lorsque le temps écoulé depuis l'évasion a été assez long pour que le débiteur ait pleinement recouvré en fait la possession de sa liberté.

Pour nous, nous ne pouvons admettre ni l'opinion absolue de M. Romiguières, ni l'opinion mitigée de M. Molinier. Nous ne mettons pas de différence entre le geôlier qui ne peut dépasser le seuil de sa geôle à moins qu'il ne tienne déjà le débiteur saisi au corps, et l'huissier des mains duquel s'échappe le débiteur arrêté qui ne peut le saisir, sans l'assistance du juge de paix, s'il s'est réfugié dans une maison. Ce qu'est la maison pour celui-ci, la rue l'est pour celui-là. La situation de ce dernier est moins favorable encore que celle de l'huissier qui peut arrêter de nouveau, tandis que le geôlier n'a d'attribution que dans l'enceinte de sa prison.

Mais de quelle source coule cette défense faite au geôlier d'opérer lui-même la réintégration du prisonnier pour dettes évadé quand il a dépassé le seuil de la prison ? Elle découle de ces principes de liberté et de sûreté, inhérents à la nature de l'homme, dont la conservation doit être l'un des buts de toute société bien organisée. Ils ont pour conséquence légitime que nul ne peut être arrêté que dans les cas déterminés par la loi et selon les formes qu'elle a prescrites.

S'il est vrai que toute évasion d'une personne uniquement détenue pour dettes ne présente aucun caractère de délit, et s'il est vrai aussi que toute arrestation de débiteur ne peut être opérée que par un des officiers ministériels que la loi désigne, il va de soi que toute arrestation nouvelle, après évasion non passible de peine, ne peut s'effectuer que comme s'est effectuée la première, à moins que l'on ne signale un texte de loi qui autorise toute autre manière d'arrêter pour le cas exceptionnel qui se présente à discuter. S'il n'en existe pas, voyons si la nature des choses dans l'espèce y peut suppléer ; et répondons aux objections soulevées :

1° Comme on l'a vu, M. Romiguières soutient que le geôlier, par lui-même ou par ses agents, a le droit d'arrêter le débiteur partout où il le rencontre et de le réintégrer dans la prison, dont il n'est pas sorti légalement, parce que le débiteur contraint par corps, emprisonné, écroué, et qui s'évade, n'en reste pas moins sous l'effet de l'écrou, et en quelque sorte à la charge du gardien auquel il fut confié.

Nous répondons : Le geôlier demeurât-il responsable de l'évasion vis-à-vis du créancier, dans tous les cas, ce ne serait pas un motif, avec les circonstances déduites, pour qu'il eût le droit de saisir au corps le débiteur tôt ou tard pour le réintégrer dans la prison.

En dehors de la prison le geôlier n'a aucun caractère légal et doit être assimilé à toute autre personne, à tout autre gardien même ; il en est de tant d'espèces. Ses droits comme ses devoirs sont limités par les murs du bâtiment qui sert de prison au débiteur incarcéré. Au delà ce n'est qu'un homme privé.

M. Romiguières établit à tort un certain droit de suite que constitue d'après lui la permanence de l'écrou et l'obligation de garder, de représenter le débiteur. Nous ne saurions reconnaître cette valeur à l'acte d'écrou. L'évasion du débiteur, sa sortie de la maison d'arrêt, la prise de possession de sa liberté, détruit les effets de l'écrou, ce que confirme le procès-verbal d'évasion qui a dû être dressé sans retard avec l'énonciation des circonstances qui ont accompagné cette évasion. Nous ne saurions admettre non plus que la charge de gardien du débiteur qui lui a été confié puisse fortifier le prétendu droit conféré au geôlier de l'arrêter en état d'évasion. Sous quelque rapport que l'on envisage la cause de cette évasion, on ne peut aboutir qu'à cette alternative : ou le geôlier a favorisé l'évasion, ou par négligence, il en a, sans le vouloir, fourni l'occasion, ou bien le débiteur s'est évadé par une violence exercée, ou bien par bris n'importe lequel. Dans les deux premiers cas, le geôlier ne pouvant imputer l'évasion qu'à ses propres actes, une *blâmable* infraction à ses devoirs ne saurait lui conférer un droit aussi exorbitant que celui d'appréhender au corps lui-même, n'importe à quelle époque, le débiteur évadé, pour s'affranchir, vis-à-vis des créanciers, d'une responsabilité que seul il a compromise et engagée ; dans les autres cas, n'ayant rien à se reprocher vis-à-vis des créanciers, et sauvegardé d'ailleurs contre toute idée de délit par la loi et par une jurisprudence généralement adoptée, l'intérêt individuel ne lui servant pas de mobile contre un recours quelconque pour des faits ou actes indépendants de sa volonté, rien ne motive le sommeil des formes protectrices et légales pour l'exercice d'un droit exorbitant dont on cherche à investir le geôlier.

2° M. Romiguières avance ensuite, pour appuyer l'opinion contraire, que les nouveaux principes, les nouvelles lois, n'ont rien qui déroge à cet égard aux anciens principes, à l'ancienne jurisprudence.

Ici encore nous ne pouvons partager les idées du magistrat. Il écrivait, en 1834 : Alors comme aujourd'hui nous en étions sous l'empire *des grands principes proclamés en* 1789. Dire qu'en fait de liberté, de liberté individuelle, de sûreté, et des formes prescrites par la loi pour le respect des unes et des autres les nouveaux principes et les lois nouvelles n'ont en rien dérogé aux anciens principes et à l'ancienne jurisprudence, c'est avancer une erreur manifeste, et qu'il faut combattre, quelque grave que soit l'autorité de qui elle est émanée.

Nous avons déjà fait comprendre quels principes nous entendions invoquer comme fondement légitime de nos solutions; et il est bien évident qu'il y a un abîme entre les anciens principes et les principes nouveaux à cet égard. Quant aux lois, il n'en est aucune, que nous sachions, ni ancienne ni nouvelle, qui ait autorisé l'arrestation d'un prisonnier pour dettes qui s'est évadé, par le geôlier ou par ses agents pour lui, sans détermination d'époque. — Pour ce qui est de la jurisprudence, Denizart, que l'on cite, n'invoque aucun arrêt. Il parle seulement d'une pareille arrestation et réintégration par le geôlier lui-même, mais l'arrêt de décembre 1769 qu'il rapporte ne statua pas sur la question dont la grande chambre du parlement était saisie; Denizart est réduit à n'invoquer que l'opinion de son barreau. Quant au *Traité de la contrainte par corps*, de Fournel, que M. Romiguières cite encore et que nous n'avons pu consulter, nous ignorons si cet auteur s'est borné à rappeler la même autorité.

Mais Denizart n'est pas le seul qui ait recueilli les anciennes autorités et l'ancienne jurisprudence sur la question; Rousseaud de Lacombe sur d'Espeisses, édition de 1778, t. I^{er}, p. 709, n° 5, en fait de citation, est allé bien plus loin dans son admirable concision, et cependant on n'y découvre rien dont on puisse s'autoriser pour appuyer le système adopté par M. Romiguières. A la vérité, Papon, par son opinion propre, par l'arrêt qu'il cite et la loi romaine qu'il rappelle, parle de la représentation du débiteur échappé que le geôlier est tenu de faire s'il veut s'affranchir de payer le créancier, mais il ne dit en aucune manière que cette représentation à laquelle le geôlier est tenu, l'autorise à opérer la réintégration par lui-même en saisissant le débiteur au corps; d'où il faut entendre qu'elle ne peut avoir lieu qu'avec l'accomplissement des formalités observées pour la première arrestation.

3° M. Molinier, de son côté, dans ses observations sur la question générale qui nous occupe, pose d'abord en principe que le geôlier qui a laissé évader un prisonnier pour dettes, étant en présomption de faute, est tenu de le représenter ou de payer, s'il ne détruit pas la présomption. Pour le justifier, il invoque pour l'ancien Droit Brillon, Bouvot, Serpillon, Mathieu Estantz, Perezius; pour le nouveau, les arguments des art. 1733, 1736, 1952, 1782 et 1786 du Code Napoléon en matière d'*incendie*, de dépôt forcé, avec l'appui des opinions de Troplong *et de* Sourdat.

Nous tenons aussi ce principe pour incontestable. Bornier, dans ses *Conférences*, t. II, p. 154, édition de 1744, nous semble l'avoir très-exactement justifié, en disant : « Ils (les geôliers) « sont même tenus *ex levissimâ culpâ*, parce qu'étant stipen« diés et salariés pour la garde des personnes, *tenentur exactis« simam præstare diligentiam*, à cause de la conséquence et de « l'intérêt public, qui fait qu'on présume contre eux, si cette « présomption n'est détruite par une autre preuve. »

Mais nous ne voyons pas néanmoins que cette vérité reconnue fasse faire un grand pas vers la solution donnée à la question proposée. Il y a bien loin encore de cette présomption de faute dans l'évasion, au droit accordé au geôlier d'arrêter lui-même le débiteur évadé et de le réintégrer dans la prison.

4° M. Molinier rapporte littéralement le passage de Denizart, sur l'arrêt du 9 décembre 1769 déjà cité. Mais s'il admet avec M. Romiguières que cette opinion, rappelée par Denizart, puisse encore être suivie, il la modifie après l'avoir présentée sous trois aspects différents : — Ou l'évasion est flagrante et a lieu actuellement, et le prisonnier qui a franchi la porte de la prison est poursuivi, suivi par le geôlier ou ses agents; — ou le débiteur a consommé la fuite, et dans un temps voisin de l'évasion, et lorsqu'elle est encore notoire, le geôlier le recherche, le saisit dehors et le rétablit sous les verrous ; — ou bien enfin il s'est écoulé depuis l'évasion un espace de temps assez long pour que le débiteur soit censé avoir pleinement recouvré en fait la possession de sa liberté. — Dans le premier cas, M. Molinier ne met aucun doute que le geôlier ou ses agents ne puissent arrêter le débiteur sur la voie publique, le reconduire en prison et le replacer sous les verrous. — Sans être aussi affirmatif, dans le second, il admet aussi que le geôlier ou ses agents peuvent faire la même arrestation. Argument de l'art. 41 du Code d'instruction criminelle. — Mais il est d'un avis contraire dans le troisième cas; il lui semble que l'existence de l'écrou ne suffirait pas pour autoriser le geôlier à faire lui-même l'arrestation et l'incarcération sans le ministère d'un huissier, et sans l'observation des formes prescrites par le Code de procédure civile.

Nous avons déjà fait pressentir que ces distinctions ne sont pas admissibles à notre point de vue. Ni le temps rapproché de l'évasion, ni la publicité de l'évasion, ni écrou, ni circonstances accompagnant l'évasion, ne peuvent relever le geôlier de l'impossibilité où il est d'agir par lui-même. Cette impossibilité est absolue, inconditionnelle, sans plus ni moins. La raison en est que tout est dominé par des principes qui ont leur source dans ce qu'il y a de plus digne et de plus élevé : la liberté individuelle, la sûreté, le respect de la personnalité humaine, sa dignité, qui ne permet pas de l'assimiler à une chose, à une marchandise, à un meuble, à quoi que ce soit qui ne tient pas de la personne. Lorsqu'il s'agit d'objets aussi sacrés, toute entreprise doit être formellement autorisée par la loi; tout silence est une exclusion rigoureuse. La raison, les principes d'ordre social le veulent ainsi. Il n'y a qu'à s'incliner, quelles que soient les considérations subordonnées, intimement subordonnées, que sembleraient provoquer de trompeuses exceptions.

Un cas néanmoins doit être excepté. C'est celui de l'arrestation du prisonnier, en voie d'évasion, sur le seuil de la porte de la prison. La main très-légitimement portée sur le débiteur pour l'empêcher de sortir, et cette mainmise, continuée sur la voie publique pour contenir le débiteur et l'empêcher de s'évader, n'ont rien de commun avec les trois hypothèses que nous venons de signaler. Dans notre cas le geôlier est en plein exercice de ses fonctions quand il met la main sur la personne du débiteur pour l'empêcher de sortir; il y a vraiment alors, et alors seulement, une espèce de droit de suite, dont l'origine étant essentiellement légale, donne toute sa valeur à l'acte d'arrestation jusqu'à sa consommation, pourvu que l'acte se continue sans solution de continuité, et encore sans aucun excès qui enlèverait aux suites de l'arrestation le caractère exceptionnel que nous lui attribuons.

Dans le système que nous combattons, on fait jouer à la responsabilité du geôlier envers les créanciers un trop grand rôle. Si nous la restreignons dans ses véritables limites, on verra qu'elle n'a lieu que dans une seule circonstance digne de quelque intérêt pour le geôlier, celle où la négligence ou une trop grande confiance ont donné lieu à l'évasion. Arrêté pour des causes légitimes, selon les formes prescrites, le détenu pour dettes doit respecter le fait et se soumettre, surtout quand son évasion peut donner lieu à la responsabilité du geôlier envers les créanciers, il doit imiter le bon exemple de *saint Paul* et de *Silas*, dont il est parlé dans le XVI^e^ *chapitre des Actes des apôtres ;* mais s'il n'a pas autant de vertu évangélique, il ne faut pas du moins que son évasion fasse une victime, sans un dédommagement qui doit être le recours du geôlier, obligé de payer les créanciers, contre le débiteur à titre de dommages-intérêts pour le préjudice qu'il cause. — Nous ne parlons pas des autres modes d'évasion; pour l'un, la complicité du geôlier le rend indigne d'une réparation ; dans les autres, par exemple, le bris de prison, le geôlier n'est pas responsable.

5º M. Romiguières a mis un soin particulier à discuter la troisième question qui lui avait été soumise, celle de savoir si le geôlier pourrait obtenir un mandat spécial de perquisition, en vertu de l'art. 131 de la loi du 28 germinal an VI, pour rechercher et saisir le débiteur incarcéré, dans la maison dans laquelle il se serait réfugié et où il aurait trouvé asile. Il a établi qu'en l'absence de toute disposition spéciale qui déroge au droit commun, le débiteur civil, toujours contraignable par corps, qui s'est placé sous la sauvegarde du toit domestique, ne peut être arrêté de nouveau qu'après observation des formalités prescrites pour l'exercice de la contrainte personnelle. « Si donc, ajoute-t-il, il s'agit de le chercher dans la maison « d'un particulier, l'assistance d'un juge de paix est indispen- « sable. » (Art. 781, § 3 du Code de procédure civile.) — De son côté, M. Molinier fait remarquer que cette question a été si habilement discutée par M. Romiguières qu'il n'y a rien à ajouter aux raisons qu'il donne et qu'on ne peut que pleinement adopter ce qu'il établit à l'aide de la loi et d'une logique pressante.

Il nous semble que cette argumentation et les deux arrêts de la Cour de Riom que cite M. Molinier, décidant que l'huissier des mains duquel s'échappe un débiteur arrêté, ne peut, sans l'assistance du juge de paix, s'introduire dans la maison où le débiteur s'est réfugié, pour y opérer de nouveau son arrestation, fortifient singulièrement nos observations, respectueusement critiques. Quant à nous, nous croyons pouvoir nous en autoriser, puisqu'il y a même raison de décider pour notre cas, *en l'absence de toute disposition spéciale qui déroge au droit commun.*

Concluons donc, pour terminer, que la question proposée doit être résolue négativement, c'est-à-dire que, lorsqu'un prisonnier pour dettes parvient à s'évader, le geôlier, s'il le suit ou s'il le rencontre, ne peut l'arrêter lui-même et le rétablir dans la prison, sans le ministère d'un huissier et sans observer les règles tracées par le Code de procédure civile, au titre *de l'Emprisonnement.*

E. CORNE.

QUELLE EST L'AUTORITÉ COMPÉTENTE

POUR STATUER SUR LES DEMANDES EN INDEMNITÉS A RAISON DES TERRAINS PRIS POUR L'ÉLARGISSEMENT DES TERRAINS NON NAVIGABLES?

Par M. SERRIGNY, professeur de Droit à Dijon.

Le conseil d'État, statuant par voie de conflit, vient de décider deux fois que l'autorité administrative est incompétente pour prononcer sur ces demandes en indemnité, et qu'elle a seulement le droit de rechercher et de constater si le curage a été exécuté à *vif fond* et à *franc bord* et si les limites naturelles du cours d'eau ont été respectées. (V. 30 mars 1853, Laurent; — et 16 février 1854, Burgade.)

Si la jurisprudence venait à se fixer en ce sens, toutes les opérations de curage, déjà si difficiles, bien que si importantes dans l'intérêt de l'agriculture, deviendraient complétement impossibles. Depuis une dizaine d'années, l'administration du département de la Côte-d'Or a fait exécuter le curage de la rivière d'*Ouche*, dans une partie de l'intervalle de Dijon à Saint-Jean-de-Losne ; depuis six ans, j'ai fait partie de deux commissions spéciales chargées d'opérer ce curage sur le terrain de trois communes. J'ai toujours vu ces commissions, ainsi que celles qui opéraient dans mon voisinage, tailler et trancher dans ses bords pour élargir son cours. La plupart des riverains ont accepté les indemnités qui leur étaient offertes par les commissions, à raison de leurs terrains pris pour l'élargissement. Les récalcitrants, en très-petit nombre, qui ont réclamé ont porté leurs demandes au conseil de préfecture, qui a statué sans que jamais sa compétence ait été déclinée. Toutes ces opérations ont produit les plus heureux résultats : des plaines constamment inondées pendant l'hiver ont été assainies ; des terres qui ne trouvaient pas de fermiers, à de bonnes conditions, se louent de 150 fr. à 180 fr. l'hectare ; les villages devenus plus salubres, ont vu disparaître ou devenir plus rares des fièvres endémiques, qui sévissaient fréquemment sur les populations.

Je ne crains pas de dire qu'aucun de ces heureux résultats n'aurait pu se produire si les nouvelles décisions du conseil d'État avaient été rendues et avaient été connues des praticiens. Pour mon compte, j'aurais bien vite donné ma démission de membre de ces commissions syndicales, si utiles, et qui rendent *gratuitement*, aux habitants des campagnes, des services inappréciables et inappréciés par les personnes qui habitent la capitale.

Heureusement que la nouvelle jurisprudence du conseil d'État est aussi contraire à la loi qu'aux intérêts de l'agriculture, et qu'il peut revenir contre des solutions échappées à *sa haute* sagesse ; il y a d'autant plus lieu d'espérer ce résultat que le conseil ne ferait que suivre les errements du premier empire et de l'ancien conseil d'Etat royal, sur cette question si importante.

En effet, jusqu'à l'année 1853, la pratique et la jurisprudence avaient résolu la question de compétence dont il s'agit en faveur des conseils de préfecture. A l'appui de mon opinion, je citerai d'abord un décret impérial du 29 mai 1808, inséré au *Bulletin des lois*, et qui porte :

« Art. 13. Toutes les îles, îlots, rivages, grèves actuelle-« ment plantés sur les bords et dans le lit de la rivière de Sèvre « et ses affluents, seront visités par les ingénieurs, lesquels « dresseront procès-verbaux de ceux qui auront été reconnus

« nuisibles à la navigation, dont ils rendront compte, pour, sur « lesdits procès-verbaux, être statué ce qu'il appartiendra.

« Art. 14. Dans le cas où il serait jugé nécessaire d'arracher « partie ou totalité desdites plantations, les propriétaires parti- « culiers ou sociétaires seront tenus d'y procéder dans le délai « de deux mois, du jour qu'ils en auront reçu l'ordre; passé « lequel délai, les destructions seront faites à leurs frais, *sauf les « réclamations devant le conseil de préfecture et le recours à la « commission du contentieux de notre conseil d'État.* »

Ce décret réglementaire était fait pour la police de la rivière de Sèvre; mais il me semble que les dispositions des articles cités sont d'ordre général et de droit commun et qu'elles s'appliquent également aux rivières non navigables, puisqu'elles comprennent *les affluents* de la Sèvre, ainsi qu'on l'a vu par la transcription du texte. L'insertion au *Bulletin des lois* prouve, d'ailleurs, le caractère général de ce décret.

Un arrêt du conseil du 11 février 1842 (Bordenave) décide formellement la question en faveur de la compétence du conseil de préfecture. Dans cette espèce, le maire de Lons avait pris un arrêté, approuvé par le préfet, pour parvenir au curage de la rivière de *la Corbette*, et fait exécuter l'opération par des ouvriers. Ceux-ci, *pour élargir le cours du ruisseau*, ont abattu le bord de la propriété du sieur Bordenave, sur environ 12 mètres de longueur et 40 centimètres de largeur. Action en indemnité de la part du riverain devant le juge de paix, qui se déclara incompétent; appel et jugement confirmatif. Le sieur Bordenave saisit alors le conseil de préfecture qui, à son tour, se déclara incompétent par les motifs « *que les travaux ont été poussés au « delà d'un simple usage; qu'il y a eu élargissement, et que cet « élargissement n'a pu être opéré qu'aux dépens de sa propriété, « qui aurait été dégradée et sur laquelle un arbre aurait été « coupé*...; qu'aucune loi n'a attribué la connaissance de ces faits « aux conseils de préfecture qui, étant des tribunaux d'excep- « tion, ne peuvent juger que dans les termes exprès des lois « qui ont déterminé leur compétence. »

Cet arrêté ayant été déféré au conseil d'Etat, a été annulé par les motifs suivants : « Vu la loi du 22 décembre 1789-jan- « vier 1790; la loi des 12-20 avril 1790; la loi du 14 floréal « an XI, art. 4; la loi du 16 septembre 1807;

« Considérant que l'action introduite devant le conseil de pré-

« fecture des Basses-Pyrénées est relative à la confection des « travaux pour le curage de la rivière de la Corbette, non navi- « gable ni flottable, exécutés en vertu de l'arrêté du maire de « Lons, en date du 5 mars 1838, approuvé par le préfet, et tend « à obtenir une indemnité à raison des dommages que prétend « avoir éprouvés le requérant, par suite de la confection desdits « travaux; que, dès lors, aux termes des lois ci-dessus visées, « *la connaissance de cette contestation appartient au conseil de* « *préfecture.* »

Voilà les véritables principes de la matière, les seuls conformes au texte et à l'esprit de nos lois, et surtout à ce bon sens pratique, inné dans le cœur de tous les hommes bien organisés, qui est la loi des lois par excellence, et sans lequel tout l'arsenal des lois écrites dans le monde entier n'est que du papier noirci d'encre.

Sur quoi se fonde le nouveau conseil pour s'écarter des errements du premier empire, dont le chef comprenait si bien les nécessités administratives, et de ceux de l'ancien conseil d'Etat royal? Voici les motifs de l'un des deux arrêts cités plus haut, celui du 16 février 1854 :

« Considérant que, d'après les lois des 28 pluviôse an VIII, « 14 floréal an XI, et 16 septembre 1807, il appartient à l'auto- « rité administrative de prononcer sur les réclamations des « particuliers qui se plaignent de dommages résultant de l'exé- « cution de travaux ordonnés par l'administration pour le cu- « rage des cours d'eau;

« *Mais que, d'après les lois des* 8 *mars* 1810, 7 *juillet* 1833, *et* « 3 *mai* 1841, *cette autorité est incompétente si les estimations ont* « *pour objet d'obtenir une indemnité à raison de propriétés prises* « *pour l'élargissement ou le redressement du lit du cours d'eau*;

« Que toutefois, en cas de contestations sur les points de sa- « voir si le curage a été exécuté conformément aux ordres de « l'administration et si les limites naturelles du cours d'eau ont « été respectées, il y a lieu de faire reconnaître préalablement ces « points, et que c'est à l'autorité administrative qu'il appartient « de faire cette reconnaissance.... »

On ne peut qu'applaudir au premier et au dernier de ces motifs; mais le second, celui qui est souligné, me paraît renfermer des énormités aussi contraires à notre législation, que sa portée sera préjudiciable à notre agriculture, s'il tombe à la connaissance des praticiens.

Et d'abord, quant aux trois lois citées, il en est une, celle du 8 mars 1810, qui a été abrogée formellement, textuellement, à deux fois successives ; une première fois, par la loi du 7 juillet 1833, art. 67, et une seconde fois, par celle du 3 mai 1841, art. 77. La seconde loi citée, celle du 7 juillet 1833, a été aussi explicitement abrogée par le même art. 77 de la loi de 1841. Il faut donc mettre entièrement de côté ces deux lois de 1810 et de 1833, qui sont bien et dûment enterrées.

Reste celle du 3 avril 1841, c'est-à-dire la loi commune en matière d'expropriation publique. Cette loi est-elle applicable au curage des rivières non navigables ? Voici la distinction que j'ai admise dans mon ouvrage récemment publié sous le titre de *Questions et traités de Droit administratif* [1], et qui s'imprimait pendant que le conseil d'Etat rendait ses nouveaux arrêts. S'agit-il de couper une propriété pour ouvrir un nouveau lit à la rivière ? Il y a là une véritable expropriation, et il faut recourir à la loi du 3 mai 1841. S'agit-il simplement de recurer et d'élargir le lit d'une rivère ? La loi du 14 floréal an XI suffit, et il n'est pas besoin de recourir à la loi de 1841. Cette distinction, qui découlait d'ailleurs de l'arrêt du 11 février 1842 (Bardenave), serait détruite par la nouvelle jurisprudence du conseil, s'il était vrai qu'il fallût recourir, en cas d'élargissement, à la loi du 3 mai 1841.

Cette proposition me semble manifestement contraire au texte de cette loi. Que porte cette loi ? — « Art. 1er. L'expropriation « pour cause d'utilité publique s'opère par autorité de justice. « — Art. 2. Les tribunaux ne pourront prononcer l'expro« priation qu'autant que l'utilité en a été constatée et décrétée « dans les formes prescrites par la présente loi. » Enfin la même loi veut qu'après le prononcé de l'expropriation *par le tribunal*, l'indemnité soit estimée *par le jury*, et qu'elle soit payée *préalablement* à la prise de possession. Or, je le répète, depuis plus de six ans, j'ai concouru, comme membre de commissions syndicales, à élargir la rivière d'*Ouche* et à prendre, par centaines, des parcelles de terrain sur les riverains, et jamais il ne m'est venu à l'esprit, ni à l'esprit de ceux qui opéraient avec moi, sous l'autorité et la surveillance de l'administration préfectorale de la Côte-d'Or, *d'appliquer aucune des formes de la loi du* 3 *mai* 1841.

---

[1] Paris, chez Aug. Durand, p. 494 et 499.

Avant de connaître les nouveaux arrêts du conseil, je n'aurais pas écouté celui qui m'aurait fait la proposition d'appliquer cette loi. Aujourd'hui, je me soumets à l'autorité du conseil; mais ma raison se refuse toujours à saisir le rapport de conformité qui peut exister entre la loi de 1841 et la nouvelle jurisprudence sur le curage des rivières.

La loi du 14 floréal an XI porte : « Art. 1er. Il sera pourvu « au curage des canaux et rivières non navigables, et à l'entre« tien des digues et ouvrages d'art, de la manière prescrite par « les anciens règlements, ou d'après les usages nouveaux. — « Art. 2. Lorsque l'application des règlements ou l'exécution « du mode consacré par l'usage éprouvera des difficultés, ou « lorsque des changements survenus exigeront des dispositions « nouvelles, il y sera pourvu par le gouvernement dans un rè« glement d'administration publique, rendu sur la proposition « du préfet du département. — ... Art. 4. Toutes les contesta« tions relatives... aux réclamations des individus imposés *et à la « confection des travaux*, seront portées devant le conseil de « préfecture, sauf le recours au gouvernement, qui décidera en « conseil d'État. »

Il est bien évident que ces mots : *contestations relatives à la confection des travaux*, comprenaient les indemnités pour terrains incorporés au lit par suite d'élargissement du lit des rivières, puisqu'en l'an XI on était sous l'empire de la loi des 7-11 septembre 1790, art. 4, et de celle du 28 pluviôse an VIII, art. 4, qui avaient donné au directoire de département d'abord, puis au conseil de préfecture, le jugement des indemnités pour toutes espèces de dommages causés *par* les travaux publics, jusques et y compris l'expropriation pleine et entière pour cause d'utilité publique. Cette attribution a été confirmée expressément par la loi du 16 septembre 1807, article 57.

A-t-elle été enlevée au conseil de préfecture et transférée aux tribunaux, par la loi du 8 mars 1810, puis au jury par la loi du 7 juillet 1833, et par celle du 3 mai 1841 ? Voilà le point précis de la difficulté. Il est évident pour moi, ainsi que l'a jugé l'ancien conseil d'État, que l'élargissement d'une rivière non navigable, par voie de curage, ne constitue pas un cas d'expropriation rentrant dans la loi de 1841. Eh! mon Dieu, il y a une raison bien simple, c'est qu'il est impossible de comprendre le curage, considéré d'une manière absolue, sans la faculté d'élargissement. Pour adopter l'opinion contraire, il faut supposer que le lit des rivières est limité et circonscrit comme celui des chemins de fer, des rues, des places publiques et des grandes routes. Ces voies de terre peuvent être facilement figurées sur des plans, bornées, limitées, entourées de clôtures, de telle sorte qu'il soit toujours facile de reconnaître et de constater les limites extérieures de la voie publique. Rien de semblable n'existe pour les rivières; rien n'est plus capricieux, plus inconstant, plus mobile que le lit et les bords des cours d'eau. C'est pour cela qu'il est presque toujours impossible de faire opérer un curage sans élargir les bords, au moins en certains endroits.

Ajoutez que le décret sur la décentralisation, du 25 mars 1852, tableau A, n$_0$ 51, prouve clairement que l'élargissement des rivières est étranger à la loi d'expropriation; car on y lit ce qui suit, au nombre des attributions dévolues aux préfets : « Cours « d'eau non navigables ni flottables, *en tout ce qui concerne leur « élargissement*, *leur curage*. » Donc si cette matière appartient aux préfets par une suite de l'abandon que leur en a fait le gouvernement, elle ne tombe pas sous l'accomplissement de la loi du 3 mai 1841, car le gouvernement n'a pas dans son pouvoir discrétionnaire tout ce qui rentre dans cette loi, et il ne pourrait, par conséquent, le déléguer aux préfets, ses mandataires.

On dira sans doute que l'élargissement du lit est une expropriation, puisqu'il incorpore le terrain au lit de la rivière qui n'appartient pas aux riverains, mais au domaine public, ainsi que l'a jugé la Cour de cassation, le 10 juin 1846.

A cela, je ferai deux réponses, outre ce qui précède : 1° cette opinion de la Cour de cassation est une nouveauté, comme il s'en introduit fréquemment dans la jurisprudence judiciaire ou administrative. L'empereur Napoléon, qui a pris une si grande part au Code qui porte son nom, donnait les cours d'eau non navigables aux propriétaires riverains. C'est là une autorité qu'aucun auteur, que je sache, n'a encore citée. Voici ce qu'il a dit, à ce sujet, dans la discussion de la loi du 21 avril 1810, sur les mines : « Napoléon dit qu'une mine est de même nature « qu'une carrière de pierre *et un cours d'eau*, *lesquels appartien- « nent à celui dans le sol duquel ils se trouvent*[1]. » Dans ce système, il est évident que l'élargissement du lit de la rivière ne serait qu'un simple dommage de la compétence du conseil de préfecture, de même que le dommage résultant de la servitude de hallage, en vertu du décret du 22 janvier 1808, art. 4.

---

[1] Voy. Locré, *Législation sur les Mines*, p. 43.

2° En admettant que l'élargissement du lit constitue une expropriation, ce serait une expropriation d'une nature particulière, *sui generis*, qui ferait exception à la loi du 3 mai 1841, en vertu de la loi du 14 floréal an XI, art. 4, toujours subsistant, comme bien certainement la loi du 21 mai 1836, art. 15, en fait une autre en matière de chemins vicinaux, et comme, dans mon opinion, la loi du 16 septembre 1807 en contient une autre en matière d'alignement [1].

On croit sauvegarder les droits de l'administration et des commissions syndicales de curage qui agissent sous ses ordres, en disant que l'autorité administrative conservera toujours le droit de reconnaître si le curage a été exécuté conformément aux limites naturelles du lit de la rivière. Mais cette reconnaissance est une faculté chimérique, là où tout est incessamment changé, modifié et renouvelé par le temps. Non, mille fois non, il n'est pas possible de reconnaître et de respecter ces limites, si l'on veut prévenir les inondations et faire les opérations de curage conformément *à l'utilité générale*, qui est, d'après les propres termes de la loi du 12-20 avril 1790, le seul but auquel doit tendre l'autorité administrative dans la recherche et l'indication des moyens de procurer *le libre écoulement des eaux.*

D'ailleurs, cette réserve faite au profit de l'autorité administrative, laisse subsister toute la difficulté sur la compétence de l'autorité chargée d'estimer les indemnités, en cas de suppression des alluvions pour rétablir la rivière dans ses vieux bords et dans ses limites naturelles. En effet, comme la loi commune (art. 556 Cod. Nap.) donne les alluvions au riverain, il en résulte qu'il a un titre de propriété aussi respectable que les autres riverains, et que, si, pour cause d'utilité publique, on lui enlève la propriété de ces alluvions, il a droit à une indemnité. Dans le système nouveau du conseil d'État, il faudra donc, après que l'autorité administrative aura déterminé la limite des vieux bords, retourner devant l'autorité judiciaire pour faire estimer la valeur de ces terrains d'alluvion. Alors il faudra, après les expertises administratives, de nouvelles expertises devant les tribunaux; par conséquent il interviendra des jugements préparatoires pour les ordonner, des vacations d'experts pour y procéder, des jugements définitifs pour les homologuer, sans parler des significations de rapports d'experts, de jugements, de requêtes en défenses, des plaidoiries, etc., etc. Pendant tout ce temps, que deviendront les travaux du curage et les frais judiciaires? On dirait, en vérité, que les membres du conseil d'État n'ont jamais vu les affaires judiciaires et ne savent pas ce que sont les procès qui exigent des expertises. C'est une des grandes plaies infligées aux plaideurs, et les commissions syndicales de curage ne pourront faire un pas sans tomber dans ce danger, et sans se débattre contre des nuées d'adversaires qui se ligueront contre elles. Au moins, devant les conseils de préfecture on plaide presque sans frais et sans perte de temps, et il n'y a pas de gens d'affaires qui vivent de la procédure et qui emploient toute leur sagacité à tirer parti de ce vieil arsenal organisé de manière à servir les passions des chicaneurs en éternisant les procès, et qu'on appelle le *Code de procédure civile*[1].

---

[1] Voy. mes QUESTIONS DE DROIT ADMINISTRATIF, V° *Alignement*, n^os^ 74 et suiv.; 109 et suiv.; 115 et suiv ; et 144.

Pendant ce temps-là, les travaux sont adjugés, l'entrepreneur et ses ouvriers seront arrêtés; la saison des basses eaux, c'est-à-dire deux ou trois mois d'été, juillet, août et septembre, s'écoulera avant que les experts aient opéré. Tout sera interrompu, tout sera arrêté; les ouvriers ne seront pas payés, les ouvrages commencés seront détruits, et il faudra recommencer l'année suivante, sauf à rencontrer les mêmes obstacles. Déjà, avant la nouvelle jurisprudence du conseil d'Etat, j'ai vu les effets désastreux des réclamations en cette matière, lorsqu'elles étaient portées devant les conseils de préfecture, bien que ces conseils soient animés, et avec beaucoup de raison, d'un esprit de bienveillance en faveur des commissions syndicales, qui représentent l'utilité générale et qui ordinairement sont dirigées par des vues droites et impartiales, surtout dans la fixation de la largeur du lit de la rivière. Que sera-ce donc avec la nouvelle jurisprudence et la procédure judiciaire ?

---

[1] Bien que, dans l'opinion du conseil d'Etat, le jury spécial soit seul compétent pour estimer les indemnités dues aux riverains, c'étaient les tribunaux judiciaires qui avaient été saisis dans les espèces sur lesquelles sont intervenues les décisions de conflit; et comme l'administration ne peut revendiquer que les matières administratives, le conseil n'avait aucun pouvoir pour réprimer les empiétements commis sur la juridiction du jury civil, placé dans l'ordre judiciaire.

On ne peut que rendre hommage au motif qui a porté le nouveau conseil à dépouiller l'autorité administrative qu'il représente à son sommet, de ses attributions légitimes, pour en investir l'autorité judiciaire. En effet, il a voulu donner à la propriété privée la garantie protectrice qui ressort de toutes les dispositions de la loi du 3 mai 1841. Personne n'est porté plus que moi à défendre les droits individuels injustement lésés; mais il faut toujours concilier ces droits individuels avec ceux de la puissance sociale, personnifiés dans l'administration quand il s'agit des intérêts de l'État. Or, ici le conseil d'État me semble avoir sacrifié à tort les intérêts de la société, dont il est le gardien et le protecteur naturel, à ceux des individus.

Il est d'autres cas où, à mon avis et selon la portée de mon jugement individuel, le conseil d'Etat fait pencher la balance dans le sens opposé, et sacrifie, sans utilité et sans nécessité aucune, les intérêts individuels, à la puissance sociale, en refusant de faire l'application des garanties établies en matière d'expropriation publique. Ainsi, il décide qu'un préfet, de sa seule autorité, peut faire raser une maison qui borde un chemin vicinal, sans formalités, sans estimation par le jury et indemnité préalable, ce qui me paraît une énormité[1]. Ainsi, il admet que les rues servant au prolongement des chemins vicinaux de grande communication sont assimilées à ces chemins et que l'art. 15 de la loi du 21 mai 1836 est applicable aux maisons qui les bordent, ce qui met ces maisons à la discrétion des préfets[2]. Ainsi il admet encore qu'un préfet peut élever à l'état de vicinalité un chemin privé, et dépouiller le propriétaire sans que celui-ci ait aucune garantie pour une expropriation faite sans formes, sans indemnité préalable, d'un bien qui peut avoir pour lui une valeur extrêmement considérable[3]. Voilà des cas où, suivant moi, les droits individuels des propriétaires sont sacrifiés à la puissance sociale sans aucune espèce d'utilité, tandis qu'au contraire, dans la question de compétence posée en tête de cette dissertation, c'est l'utilité générale qui est sacrifiée aux droits individuels sans que ceux-ci puissent en retirer une utilité sérieuse.

---

[1] V. mes *Questions de droit administratif*, p. 96, n° 44.

[2] V. l'ouvrage déjà cité, p. 93, n° 40.

[3] V. l'ouvrage déjà cité, p. 98, n° 45.

J'appelle donc de tous mes vœux le retour à la jurisprudence de l'ancien conseil en faveur de la compétence du conseil de préfecture, à l'effet d'estimer les indemnités à raison des terrains pris pour le curage des rivières non navigables.

SERRIGNY.

REVUE DES RECUEILS ÉTRANGERS.

Par M. Kœnigswarter, membre correspondant de l'Institut.

L'Allemagne est toujours la terre classique de la science juridique. Dans sa lutte pour obtenir des institutions mieux appropriées à notre époque, l'Allemagne explore le vaste champ des sciences juridiques d'un œil plus profond que la France, qui jouit depuis un demi-siècle de la plupart de ces institutions, et se repose à l'ombre de ses nouvelles lois. En Allemagne, l'ardeur de la lutte, la multiplicité des obstacles, le particularisme des différents pays, tout pousse à la diversité des vues et des systèmes; et de là, naît une exubérance de recherches, une abondance d'investigations dont on ne peut se faire une idée en France. Chaque Université, chaque tendance y a son organe; aussi la richesse de la littérature périodique du Droit en Allemagne n'est égalée dans aucun pays.

La Rédaction a pensé qu'en réorganisant la *Revue* des recueils étrangers, il était indispensable de mettre le lecteur plus en rapport avec cette littérature juridique de l'Allemagne, et, à cet effet, nous avons notablement agrandi le cercle de nos rapports avec les organes d'outre-Rhin.

Les publications avec lesquelles nous entretiendrons dorénavant des relations suivies, et dont nous communiquerons régulièrement les travaux à nos lecteurs, sont les suivantes :

I. — Le Journal Critique de la Jurisprudence et de la Législation étrangères (*Kritische Zeitschrift für Rechtswissenschaft und Gesetzgebung des Auslandes*), rédigé à Heidelberg, par MM. Mittermaier, R. Mohl et Warnkœnig.

II. — Le Journal *l'Audience* (*Der Gerichtssaal*), publié à Erlangen (Bavière), d'abord par Jagemann, et depuis la mort regrettable de ce jurisconsulte, par MM. Arnold, Auton Hye et Schwarze.

III. — Le Magasin pour le Droit autrichien (*Magazin für Rechts- und - Staats - Wissenschaft*, *mit besonderer Rücksicht auf das Oesterreichische Kaiserreich*), rédigé par le professeur Haimerl, publié d'abord à Prague, chez Calve, et depuis 1853, à Vienne, chez Manz.

IV. — Le Journal pour le Droit et la Jurisprudence allemande (*Zeitschrift für Deutsches Recht und Deutsche Rechtswessenschaft*), rédigé par MM. Beseler, Reyscher et Wilda, à Tubingue (Wurtemberg).

V. — La Revue Critique de la Législation et de la Jurisprudence en Allemagne, publiée par MM. Amdts, Bluntschli et Pætzl, à Munich.

VI. — Le Journal Critique pour toutes les sciences juridiques (*Kritische Zeitschrift für die gesammte Rechtswissenschaft*), publié par MM. Brinckmann, Dernburg, Kleinschrod, Marquadsen et Gagenstecher à Heidelberg, chez J. B. C. Mohr, d'abord, aujourd'hui, chez Bangel et Schmitt.

Nous commencerons par une analyse de cette dernière publication, due à une réunion de professeurs privés (*Privat-Docent*[1]) de la célèbre Université badoise.

Cette publication paraît depuis 1852, en six livraisons par an. Elle s'occupe exclusivement de critique et ne donne point d'articles de fond. A la suite des articles critiques des nouveaux ouvrages les plus importants, elle donne la liste de toutes les productions littéraires en fait de Droit, dans son acception la plus large. Cette dernière partie, qui par sa nature ne se prête à aucune analyse, est peut-être la plus utile à consulter, pour qui veut se mettre et rester au courant des progrès de la science juridique en Allemagne, et il est fort à regretter qu'un travail aussi complet et affranchi de toute arrière-pensée de librairie n'existe point chez nous, en France. En général, la bibliographie est un champ trop peu cultivé dans notre pays, et si, dans un travail récent, nous avons dû nécessairement donner prise à la critique, c'est que, travaillant dans un terrain presque en friche, nous avons eu à vaincre de très-grandes difficultés [1] surtout quand on considère que nous avions pour unique devancier *Camus*, qu'un savant critique étranger [2] a dit spirituellement n'avoir été que le Humboldt français.

---

[1] On a trop souvent et à tort rendu le mot de *Privat-Docent* par *professeur agrégé*. Les *Privat-Docents* ne sont pas nommés par le gouvernement ; ils professent à leurs risques et périls, sur les matières qu'ils préfèrent, après avoir obtenu une simple autorisation. C'est là la pépinière des futurs professeurs en titre.

Nous continuerons dans l'analyse des Revues étrangères le système que nous avons suivi jusqu'à ce jour, en donnant l'indication de chaque article, et l'accompagnant de quelques observations, toutes les fois que cela nous paraîtra utile pour les jurisconsultes français. Du reste, on le comprendra aisément, une Revue qui ne contient que des articles critiques, ne permet guère une nouvelle analyse.

Kritische Zeitschrift für die gesammte Rechtswissenschaft, Heidelberg, J. B. C. Mohr, 1852, six livraisons.

Livraison I. *Buchka, La doctrine de la représentation des tiers dans les contrats;* article critique de M. Dernburg.

Ce livre traite avec une grande netteté les principes qui régissent les obligations acceptées au nom des tiers, tant dans le Droit romain que dans le Droit moderne. On sait combien cette matière était compliquée chez le peuple romain, qui, habitué à la forme des stipulations entre les parties mêmes, ne voulut d'abord reconnaître aucune obligation provenant d'engagements pris par des tiers. Bientôt, en cette matière comme en tant d'autres, l'esprit formaliste et systématique dut céder aux exigences de la pratique, ce qui donna lieu à l'*actio peculii* à l'*actio institoria*, et à quelques autres *actiones* dues à l'intelligente initiative du préteur. Cependant, même à l'époque justinienne, le Droit romain se ressent de ce principe hostile de l'ancien Droit quiritaire, et c'est ce qui fit que, lorsque le Droit romain devint le Droit commun de l'Europe centrale, les innombrables engagements pris par des tiers, par suite de l'extension du commerce et de l'industrie, se sentaient mal à l'aise dans les formes étroites du Digeste et du Code. De là, dès le temps des glossateurs, une polémique des plus ardentes sur cette matière; et le but de l'auteur, qui voudrait dégager la jurisprudence allemande actuelle de l'ancienne manière de voir des jurisconsultes comme des glossateurs, qui ne pouvaient imaginer ni prévoir l'élan gigantesque qu'a pris l'activité humaine, dans le domaine de l'industrie, de la navigation, du commerce et des arts.

---

[1] Nous faisons allusion à notre dernier ouvrage sur les *Sources et monuments du Droit français antérieurs au XV^e^ siècle.* Paris, 1853; 132 pag. in-8.

[2] Schæffner, dans un article critique, inséré dans le premier volume du Recueil dont nous allons donner l'analyse. Livraison VI, p. 538 s.

Scheurl, *Travaux sur plusieurs points de Droit romain.* — Fichte, *Système d'Éthique*, article critique de M. Warnkœnig.

Cet ouvrage remarquable expose, dans le premier volume, les doctrines philosophiques sur l'État, le Droit et la morale en Allemagne, en Angleterre et en France, depuis le milieu du XVIIIe siècle jusqu'à l'époque actuelle. M. Warnkœnig se félicite de ce que l'histoire de la philosophie du Droit qui, jusqu'à présent, n'avait été crayonnée que par des jurisconsultes, commence enfin à occuper les philosophes proprement dits. En effet, l'Allemagne a produit sous ce rapport des travaux remarquables, qui sont encore complétement inconnus en France. Tels sont les examens des doctrines de Grotius, par Hartenstein; de Spinosa, par Horn; de Leibnitz, par Zimmermann; l'histoire des principes qui régissent le Droit privé et public, par Hinrichs[1]; enfin l'ouvrage de Fichte, qui contient une dernière épuration des doctrines de Stahl, sur les principes de la morale et de la science sociales. Selon l'auteur, la philosophie du Droit n'est qu'une partie de l'Ethique.

Il reconnaît que la France et l'Angleterre sont la véritable patrie de la science sociale, avec cette différence cependant, que l'école idéaliste ou utopiste a plus d'adhérents dans le premier de ces deux pays, tandis que dans le second, c'est l'école réformatrice et historique qui domine.

Adolphe Garnier et Schützenberger obtiennent une mention spéciale parmi les écrivains français.

Bluntschli, *Principes historiques du Droit public*, article critique de M. Marquardsen.

Une polémique sur Edmond Burke mérite de fixer l'attention. Bluntschli, en parlant de la manière de traiter le Droit public, célèbre les hommes qui, selon lui, ont su réunir les résultats de l'histoire avec les idées philosophiques, tels que Aristote, Cicéron, Edmond Burke.

M. Marquardsen s'élève avec raison contre ce parallèle. « Plus que personne, nous sommes disposé à reconnaître le génie de cet astre politique, qui s'éleva au firmament politique de l'Angleterre, au moment où celui qui avait éclairé et guidé la génération précédente, William Pitt, disparut de l'horizon; mais nous ne pouvons octroyer à Burke une place à côté d'Aristote, et lui donner l'importance d'un Cicéron, au milieu des débris de l'antique société romaine. »

---

[1] *Geschichte der Rechts-und-Staats-Principien seit der Reformation.* Leipzig, Mayer, 3 vol. in-8.

De même le savant critique qu'un séjour prolongé en Angleterre a rendu très-familier avec la constitution, le Droit et les mœurs de ce pays, s'élève contre ceux qui voudraient trouver les principes du Droit public anglais, dans le célèbre livre de l'ardent tribun, intitulé *Reflections on the revolution of France.* C'est au contraire là où Burke a parlé de l'Angleterre aux Anglais, dans ses *Thoughts on the present discontents*, dans ses manifestes électoraux, dans ses discours sur la révolution d'Amérique, dans son accusation portée contre Warren Hastings, qu'il faut puiser les notions du Droit public anglais, car sa plume, comme sa parole, étaient alors modérées, quoique éloquentes et remplies d'ardeur. Quant à ses *Réflexions sur la Révolution française*, elles ont été écrites contre la France et pour le continent. C'est un pamphlet, où aucun Anglais ne chercherait le tableau véritable des institutions de son pays. Burke le composa déjà vieux et courbé par des chagrins domestiques, oubliant les causes de la Révolution et n'en considérant que les suites; il adressa ce livre fiévreux aux nobles français, parce qu'il avait oublié l'arrogance et les priviléges intolérables de l'ancien seigneur, et qu'il ne vit plus en eux que l'émigrant infortuné et misérable. A côté de l'absurde et ridicule manifeste du duc de Brunswick, son livre pouvait ressembler à la voix ténébreuse du dernier jugement; mais il se vit contraint de donner un tableau peu ressemblant de la constitution de son pays, quand il s'agissait de juger la sanglante coalition des rois absolus du continent avec sa patrie, contre cette terre abhorrée de France.

Si Burke avait pu vivre encore au temps des congrès européens, comme son compatriote Canning, il aurait mieux apprécié les causes du terrible drame de 1789, tout en déplorant ses crimes et ses écarts; et les cris de liberté qui retentirent dans l'Amérique du Sud et en Grèce, auraient trouvé le même écho qu'autrefois les plaintes des colonies de l'Amérique du Nord.

L'ouvrage de Bluntschli traite dans douze livres toutes les questions, tous les problèmes, que le Droit public et la politique ont posés devant l'humanité.

Il signale la différence notable qu'il y a entre l'État des anciens, la cité, *civitas*, *πόλις*, et l'Etat du monde moderne; il croit à un Etat universel qui réunira un jour tous les Etats particuliers; mais il ne parle nulle part du *self-government*, le principe le plus vital et le plus important des sociétés modernes. Il loue l'influence croissante de la femme dans les Etats, depuis les Germains et le christianisme. En parlant des différentes classes ou états, l'auteur indique, avec beaucoup de justesse, « que la monarchie est une pyramide qui a sa base et son soutien le plus solide dans le quatrième état, dans les masses des travailleurs agricoles et industriels, ce que les princes intelligents seuls ont compris et mis en pratique. » L'auteur n'est pas favorable aux constitutions mixtes; il prétend que la condamnation prononcée contre elles par Tacite, n'a pas été infirmée par l'histoire contemporaine. La royauté chez les Grecs et chez les nations germaniques consistant plus dans les honneurs que dans la puissance, est mise en face de la forte royauté militaire des Romains. Relativement à toutes ces thèses, il y aurait beaucoup à discuter si le temps et l'espace nous le permettaient; mais nous ne pouvous nous associer au blâme de M. Marquardsen quand il reprend l'auteur parce qu'il représente la royauté absolue comme la base transitoire entre le régime féodal et la royauté constitutionnelle.

Il y a encore un point intéressant de polémique entre MM. Bluntschli et Marquardsen, c'est l'adage fameux : « Le roi règne, mais il ne gouverne pas. » Tandis que le premier prétend que le dernier Bourbon de la branche cadette est tombé parce qu'il n'a pas gouverné assez; le second affirme que le sort du roi Louis-Philippe est l'exemple le plus frappant, que le gouvernement personnel conduit à la ruine. « Homme d'un rare talent, supérieur à tous les autres princes contemporains par sa prudence, élevé dans la dure école de l'expérience, comme il n'arrive guère jamais aux têtes couronnées, il tomba, parce qu'à l'aide de la corruption il avait fait de sa volonté personnelle, la volonté simulée de la nation, et que dans ses relations extérieures il subordonna aveuglément la politique de son pays aux intérêts de sa dynastie. Si Louis-Philippe avait régné en véritable prince constitutionnel, sans doute son petit-fils occuperait aujourd'hui encore le trône de France. » Nous n'avons pas besoin de dire que nous sommes de ce dernier avis.

Le reste de la première livraison contient des articles trèssommaires de quelques ouvrages sans intérêt spécial pour les jurisconsultes français ; nous en excepterons les trois suivants :

La Procédure civile et les Actions chez les Romains, par Louis Keller, Leipzig, 1852.

Le Code pénal pour la Prusse, du 14 avril 1851, *suivi des dispositions des Codes criminels les plus récents*, par C. F. Muller, Halle, 1852.

Collection des nouveaux Codes de procédure criminelle de l'Allemagne, par Haeberlin, Greifsidald, 1852.

Ce dernier ouvrage est encore inachevé.

Livraison II. — *Statuts municipaux allemands du moyen âge, avec des explications sur leur origine*, publiés par Gaupp, Breslau, 1831-3, 2 vol. Article critique de M. Arnold.

Personne n'ignore l'importance des statuts municipaux du moyen âge ; c'est là que fut fondé le Droit de ce tiers état, de cette bourgeoisie, qui forme aujourd'hui la partie la plus vitale des nations du centre de l'Europe. L'origine et les progrès du tiers-état en France et en Allemagne ont trop d'analogie pour que l'étude des statuts de l'un de ces pays ne soit pas du plus haut intérêt pour les jurisconsultes de l'autre. D'ailleurs, les frontières actuelles n'ont point toujours été les mêmes, et telle cité qui jadis fit partie de l'empire romain-germanique est aujourd'hui française. Les riches et importantes villes de l'Alsace, de la Lorraine, de la Flandre étaient régies autrefois par des statuts allemands, souvent encore elles avaient recours dans leurs procès au Droit statutaire d'une cité située sur le territoire de l'Empire germanique, ou bien elles avaient adopté ou suivi, dans la rédaction de leurs statuts, ceux d'une ville étrangère. Ce dernier usage était surtout fort en vogue aux XII^e et XIII^e siècles. Dans l'Allemagne du Midi, le droit statutaire de Cologne et celui de Fribourg en Brisgau (1120), ont été de ces types originaires, nommés par les jurisconsultes *Mutter-Rechte*, et qui ont servi de modèle aux statuts de plus de trente villes ; dans l'Allemagne du Nord, les statuts de Sœst en Westphalie, qui avaient donné naissance à ceux de la ville de Lubeck (1170), ont été le type d'une foule de grandes villes, ont servi même de modèle au Droit de plusieurs contrées.

Les statuts de Magdebourg (1188), de Münster, de Francfort, d'Augsbourg, de Zutphen en Gueldre, de Gand en Flandre, avaient été pour les villes et les contrées avoisinantes de ces statuts-modèles.

Pour la France orientale, Colmar, Strasbourg, Metz, autrefois villes allemandes, avaient été également des statuts-types ; de même que, dans les provinces du Centre, ceux de Lorris en Gâtinais; dans le Nord, les statuts de Noyon, d'Amiens, de Beauvais, de Laon, de Soissons, dont les statuts étendaient leur influence jusqu'en Champagne et en Bourgogne ; dans le Midi, les villes ou bastides de Lapeyrouse (1308), de Rabastens (1327), de Saint-Martin, reçurent le Droit de Marsiac (du diocèse d'Auch) ; dans le Périgord, c'étaient les statuts de Bergerac et de Villefranche (près de Sarlat) ; dans le Rouergue, ceux d'une autre ville du même nom de Villefranche; dans l'Auvergne, la charte municipale de Riom, qui avaient servi de modèle et de type. Nous savons que les coutumes de Carcassonne étaient presque identiquement celles de Montpellier [1].

En Allemagne comme en France, ces statuts, chartes, priviléges, affranchissements (car leurs dénominations sont aussi diverses que leurs origines), sont épars dans une foule immense de collections, surtout dans les histoires spéciales des provinces, contrées et villes. Deux savants contemporains ont essayé de préparer la possibilité d'un *Codex juris municipalis germani*, pensée que rêvèrent pour la France, M. Gingler, dans son ouvrage : *Deutsche Stadtrechte des Mittelalters*, Erlangen, 1852, et M. Gaupp, dans l'ouvrage dont nous nous occupons.

Les textes, pour la plupart connus, n'en forment pas la partie intéressante ; ce sont, au contraire, les éclaircissements historiques. M. Gaupp a cherché à coordonner, à classifier ces documents innombrables. Après les avoir distingués en chartes épiscopales, royales et seigneuriales, d'après la qualité de ceux qui les avaient concédées ou octroyées, l'auteur trouve un criterium plus tranché dans la différence des six nations principales de la souche germanique : les Frisons, les Saxons, les Francs, les Thuringiens, les Allemands et les Bavarois. Il prétend que le Droit contenu dans ces statuts des villes était, en règle générale, emprunté au Droit commun du pays (*Landrecht*) et que jusqu'au XIII^e^ siècle le Droit commun des contrées allemandes avait été l'ancien Droit des peuples germaniques, *Volksrechte*, *leges Barbarorum*, que la pédantesque science des siècles antérieurs a gratifié de la dénomination peu flatteuse de *Leges Barbarorum*.

---

[1] V. Giraud, *Essai d'une Histoire du Droit français au moyen âge*, t. I, p. 47 et suiv. Append.

Une autre manière de former les groupes ou familles est, d'après l'auteur, à trouver dans l'usage d'emprunter le Droit à une ville voisine (*Mutter-Stœdte*). Le statut qui a servi de modèle devient, pour ainsi dire, le statut-mère d'une foule d'autres statuts, qui en sont comme les filles (*Tœchter-Stœdte*).

M. Arnold n'adhère point à ces deux systèmes ; il doute fort qu'il soit possible de rétablir le fil entre les *Leges* qui datent du v^e au ix^e siècle, et les statuts municipaux, dont les plus anciens connus ne remontent point au delà du xii^e siècle [1] ; ensuite, comment prouver que tel usage, telle institution est plutôt franque que frisonne, plutôt thuringienne que saxonne, quand les *Leges* de ces différentes nations diffèrent bien plus par une différence chronologique que réelle, décrivant et fixant les mêmes institutions, mais à des époques diverses [2] ?

Enfin, comme M. Gaupp convient lui-même que les villes ne prenaient pas toujours leurs statuts dans des cités de la même origine et race, il est évident que le système de grouper les chartes et statuts d'après les races ou nations devient impossible. En effet, nous voyons la ville saxonne de Sœst emprunter le Droit à Cologne, qui est une ville franque ; il en est de même des villes de l'Alsace et de la principauté de Labringue (une partie du grand-duché actuel de Bade), dont les habitants appartenaient cependant à la race des Burgondes et des Allemands (Souabes ou Suèves). Loin que ce fût toujours l'origine commune de race qui faisait suivre à une ville les statuts d'une autre cité, souvent c'était parce que deux villes avaient ensemble des rapports suivis de commerce; plus souvent encore, parce que les deux villes avaient le même souverain. En somme, le courant qui émancipa le tiers état des villes, en leur concédant une organisation légale et des statuts écrits, se porta en Allemagne, du Midi et du Centre vers le Nord et l'Est. Ainsi les villes du bord du Danube et les villes du Rhin, d'abord, les cités saxonnes, ensuite ; puis celles de la Marche et de la Silésie ; enfin, celles de la Prusse et de la Livonie.

---

[1] Les statuts les plus anciens sont ceux de Cologne, première rédaction sans date connue, la seconde de 1158 ; Fribourg en Brisgau ; 1120. Sœst, en Westphalie, 1120-1150 ; Mayence, 1135 ; Worms et Sleswig, 1156 ; Lubeck et Speyer, 1158 ; Haguenau, 1164 ; Osnabruck, Andernach, Fribourg en Suisse, 1171 ; Wetzlar et Metz, 1180 ; Brême, 1186 ; Magdebourg, 1188 ; Vienne, 1198 ; Brunswick, 1199.

[2] Nous avons essayé d'en donner la preuve pour la forme première du mariage, dans nos « *Etudes historiques sur le développement de la société humaine*, » p. 32 et suiv. Paris, Durand, 1850.

Le premier volume de l'ouvrage de M. Gaupp nous intéresse particulièrement, car il s'occupe spécialement des villes de l'Alsace et contient des données précieuses sur l'origine, l'âge et les différentes rédactions de leurs chartes et statuts.

La Doctrine romaine des droits réels, par M. Sell, vol. I. Doctrine romaine de la propriété, 2e édit. Bonn, Kœnig. Article de M. Dernburg.

Système de la science politique, par L. Stein, vol. I. Costa, 1852.

M. L. Stein est un écrivain connu en France, car il a été le collaborateur de M. Warnkœnig, pour l'*Histoire du Droit public et privé de France*, ouvrage qui est, avec celui de M. Schæffner, le seul qui donne une histoire complète du Droit français [1].

Mais M. Stein a fait encore ses preuves sur un autre terrain non moins difficile, sur ce qu'on appelle aujourd'hui, à défaut d'autre nom, le terrain de la science sociale. Dans deux ouvrages : *Socialisme et Communisme* et *Histoire du mouvement social*, il a donné l'histoire et la critique des problèmes sociaux qui agitent l'Europe contemporaine. Le présent ouvrage forme, par son premier volume, un traité d'économie politique. La critique due à la plume de M. Pickford est très-sévère.

Daniels (Alexander), *De Saxonici Speculi origine ex Juris communis libro Suevico Speculo perperàm nominari solito*. Berolini, 1852. Article critique de M. Sachsze.

Les deux premiers coutumiers allemands datent du XIIIe siècle : ce fut le fameux *Miroir Saxon* et le non moins célèbre *Miroir Souabe* : l'un, le type du Droit commun du nord; l'autre, le modèle du Droit commun du midi de l'Allemagne. L'opinion généralement admise jusqu'à ce jour était que le *Miroir Saxon* a été antérieur au *Miroir Souabe*, et qu'il a été composé entre 1231 et 1235, par le chevalier thuringien, Eike de Repgov, qu'on pourrait aussi appeler le Beaumanoir d'outre Rhin. — M. Daniels a essayé d'établir, au contraire, que c'est le *Miroir Souabe* qui a été antérieur au *Miroir Saxon*, et qu'il lui a servi de modèle, et que le *Miroir Souabe* a été puisé dans les dispositions de la *Lex Bajuvariorum*.

Cette nouvelle doctrine ne paraît point devoir prévaloir, et a trouvé d'énergiques critiques dans M. Sachsze, l'auteur de l'article, et dans M. Homeyer, l'historien le plus remarquable des deux *Miroirs*[1].

---

[1] Voir nos *Sources et Monuments*.

La vérité est que le *Miroir Saxon* est l'œuvre la plus ancienne, qui ait été composée par Eike de Repgov, mais qu'on ne peut affirmer, d'une manière absolue, si la version latine ou la version saxonne est sortie la première de la plume du vieux praticien. Quant à l'auteur du *Miroir Souabe*, il n'a pu être indiqué d'une manière précise, quoiqu'on ait prétendu récemment l'avoir trouvé dans un moine David, d'Augsbourg, ou un autre moine Berthold, de Ratisbonne, ou un chevalier Berthold, de Germinden ; mais il a été composé entre 1276-87 sur le modèle du *Miroir Saxon*. L'auteur en a élagué tout ce qui avait spécialement trait au Droit saxon, avec la vue de faire du *Miroir Saxon* un *Miroir* à l'usage de l'Allemagne entière. Ce coutumier écrit dans le dialecte souabe a eu d'abord une foule d'autres dénominations, mais a fini par garder celle de *Miroir Souabe*.

Les deux *Miroirs* ont joui d'une autorité sans conteste non-seulement en Allemagne, où ils ont été l'objet de nombreux commentaires et gloses, et ont servi de modèle à un grand nombre d'autres coutumiers, ainsi qu'à une foule de statuts municipaux ; leur autorité s'étendait même à d'autres pays. Le *Miroir* de Saxe était cité devant les tribunaux des Pays-Bas et de la Pologne, comme le *Miroir* de Souabe formait autorité devant ceux de la Suisse.

Parmi les nombreuses éditions de ces deux célèbres coutumiers, les meilleures sont celles de Homeyer (1838-44), pour le *Miroir Saxon*, et celles de Lassberg (1840) et de Wacker-Nagel (1840), pour le *Miroir Souabe*.

Le Système du Droit commun prussien, ramené aux principes philosophiques et à ceux du Droit commun allemand, par François Loher. Paderborn, 1852.

Le titre indique d'une manière satisfaisante, la tendance de cet ouvrage, dont l'auteur est anti romaniste, c'est-à-dire de ceux qui ne ramènent pas aveuglément tout au Droit romain, mais veulent donner un rôle considérable aux institutions nationales d'abord, et aux principes du Droit national ou philosophique. « Le Droit commun prussien (*prussische Landrecht*) est un produit du dernier siècle, œuvre due à l'initiative du grand Frédéric, qui, philosophe lui-même, n'était point favorable au Droit romain; il avait loué le chancelier de Coccej, qui le premier avait été chargé de donner une nouvelle législation à la Prusse, d'avoir dans son projet de *Corpus juris Fridericiani* (1749-51), préféré les principes du Droit naturel aux subtilités du Droit romain. » En 1780, un autre décret ordonna la reprise des travaux abandonnés, qui cette fois furent confiés à Suarez et Carmer; le programme était de même l'observation des principes du Droit naturel et des institutions existantes[1].

---

[1] Notamment dans son Introduction qui précède son édition du *Miroir Saxon*, Berlin ; dans son discours prononcé le 5 août 1851, à l'Académie de Berlin, sur le rapport des deux Miroirs ; et enfin dans son article critique inséré dans la deuxième livraison du *Kritische Jahrbücher der Rechtswissenschaft* de 1852.

Terminé en 1788, deux ans après la mort du grand roi, le *Landrecht* prussien fut encore une fois soumis à une révision, et ne fut mis en vigueur que le 1er juin 1794. C'est une législation générale qui comprend les lois civiles et pénales, des règlements d'administration et de police. Elle est encore aujourd'hui le fond de la législation prussienne, pour tout ce qui n'a pas été réglé depuis par des lois spéciales, telles que les hypothèques, la procédure criminelle, le Droit pénal, etc. Le but de ses auteurs était de remplacer le Droit romain, et le Droit commun saxon, par une législation générale, qui aurait été subsidiairement appliquée là où les lois locales des différentes provinces auraient fait défaut. Jugé de ce point de vue, le *Landrecht* prussien est une œuvre de mérite, surtout à cause de l'époque qui l'a vu naître.

Portefeuille parlementaire, publié par le docteur Rauch. Erlangen, Palm, 1848-50.

Recueil des constitutions allemandes et étrangères. La traduction de ces dernières n'est point exempte de critique.

Loi générale sur les lettres de change pour tous les États allemands, dans ses rapports avec la législation spéciale de Bavière, par Bluntschli. Erlangen, 1852.

Les nombreux inconvénients dont le commerce en Allemagne avait à souffrir par suite des différentes législations particulières à chaque pays en matière de change, ayant fait vivement sentir le besoin d'une législation uniforme pour toute l'Allemagne, une commission de négociants et de jurisconsultes, députés par les Etats de la Confédération, se réunit le 20 octobre 1847 à Leipzig. Cette commission prit pour base de discussion un projet élaboré par le gouvernement prussien, et donna le jour à une ordonnance sur la lettre de change générale à toute l'Allemagne (*Allgemeine deutsche Wechselordnung*), et qui devait recevoir la sanction législative des différents pays. La révolution de 1848 intervint, et le parlement de Francfort, dont l'existence éphémère prit une fin si peu en harmonie avec les espérances que le peuple allemand avait conçues, lors de sa première réunion, décréta ce projet comme loi de l'Empire le 24 novembre 1848. Cette législation générale sur la lettre de change est à peu près la seule conquête que l'Allemagne a conservée du mouvement de 1848[1]. Cependant les différents Etats jugèrent convenable, pour sauvegarder le principe de l'autonomie, de promulguer par des lois spéciales ladite ordonnance, quelques-uns en y ajoutant des dispositions nouvelles, d'autres en expliquant ou interprétant celles que la pratique avait démontrées comme insuffisantes ou obscures.

---

[1] « Dass nur das Wesentliche mit Naturgesetzen und der heutigen Verfassung übereinstimmende abstrahiert, das Unnütze weggelassen, und die Landesgesetze am gehœrigen Orte eingeschatlet werden sollten. »

En effet, cette loi n'ayant posé que des principes et des règles générales, a dû nécessairement abandonner une foule de questions soit à la législation particulière, soit à la jurisprudence des tribunaux. Pour citer un exemple : la question de savoir si un billet à l'ordre du tireur lui-même est à considérer comme lettre de change, n'y est point tranchée[2]. Aussi toute une littérature nouvelle est née depuis l'apparition de cette nouvelle loi. D'abord Brauer[3] et Souchay[4] en ont donné de bons commentaires; ensuite Renaud[5] et Stern[6] ont écrit d'excellents traités : une publication périodique, consacrée uniquement au droit de change est publiée depuis plusieurs années sous la direction de MM. Scebenhaar et Tauchnitz[1] à Leipzig. D'autres jurisconsultes ont publié des commentaires particuliers avec les additions que quelques Etats allemands ont jugé convenable de promulguer; de ce nombre sont Blaschke, Berger, Kalessa, Brauer[2], Ditschenier, pour l'Autriche; Koch et Hansemann, pour la Prusse; M. Bluntschli vient de faire le même travail pour la Bavière.

---

[1] Le Parlement de Francfort s'était également occupé d'un projet de Code de commerce pour toute la Confédération; mais il n'arriva pas à maturité. La première partie de ce Code projeté a paru à Francfort. Fauærlender, 1849.

[2] *Archiv für deutsches Wechselrecht*, v. III, livr. I.

[3] *Archiv für deutsches Wechselrecht*. Leipzig, Tauchnitz.

[4] *Die allgemeine deutsche Wechselordnung*. Erlangen, Enke, 1849.

[5] *Lehrbuch des gem. deutschen so wie des in der allgem. deutschen Wechselordnung enthaltenen Wechselrechts*. Giessen, Ricker, 1853.

[6] *Die Lehre von den Wechseln und den Wechselverkehr*, etc. Giessen, Ricker, 1853.

De la péremption du droit de la partie plaignante pendant l'instance, en Droit romain, par Robert Romer. Stuttgart, 1852.

De la différence des principes entre le Droit romain et le Droit germanique, par C. A. Schmidt, Rosbach et Schwerin, 1853. — Article critique de M. Dernburg.

Ce livre écrit avec beaucoup d'esprit, n'est cependant à notre avis qu'un immense paradoxe. Entraîné par son patriotisme et sa préférence pour le Droit germanique, l'auteur va jusqu'à dire que l'usage du Droit romain eût abouti à la ruine d'une nation. Selon lui, c'est la législation d'un peuple qui n'a été originairement qu'une bande de proscrits et de brigands, où rien n'est limité par un principe moral, et tout abandonné à la volonté absolue de l'individu. Pour le Romain la loi suprême est la volonté universelle du peuple; l'acquisition de la propriété est basée sur le principe de la force (*manu capere*); la puissance paternelle et maritale est sans bornes; le pouvoir d'aliéner et de tester, sans limites. Dans le Droit germanique, au contraire, un principe divin, un principe éthique domine toutes les institutions : Dieu est l'origine de tout droit, comme dit le *Miroir Saxon;* la propriété est comme un fief d'en haut; le père et le mari n'ont que des droits restreints; la faculté d'aliéner et de tester est limitée, etc., etc.

Bref, c'est une brillante antithèse, qui ne tient aucun compte de la chronologie morale des deux civilisations; les vertes forêts de la Germanie y sont représentées comme des champs Élysées, et la ville éternelle comme le Tartare. Malgré toute notre sympathie personnelle pour le Droit germanique, qui en France comme en Allemagne a été écrasé sous le Droit romain, pendant une longue série de siècles, nous ne pouvons cependant admettre qu'entre les compagnons de Romulus et de Rémus, et les contemporains de Virgile ou de César, il n'y ait pas quelque différence; de même que nous sommes prêts à admettre que ces braves Germains qui sont les aïeux des nations contemporaines les plus civilisées et les plus glorieuses, n'étaient pas des anges de bonté et de douceur, et que leurs rois buvaient à leurs festins, dans le crâne de leurs ennemis. *Est modus in rebus.*

---

[1] *Die deutsche Wechselordnung mit Anmerkungen*, dans le *Zeitschrift für deutsches Recht*, von Beseler Reyscher und Wilde, Tübingen, t. XII, p. 315.

[2] Dans sa deuxième édition : *Die allgem deutsche Wechselordnung mit den Abweichungen der Oesterreichischen Wechselordnung*. Erlangen Enke, 1853.

Du reste, en France, il s'est élevé tout récemment un semblable cri contre Rome ancienne, surtout en ce qui concerne la constitution de la famille. Voici comment s'exprime l'auteur de l'*Essai d'une philosophie de l'histoire*[1] :

« A Rome, l'institution politique précéda la famille, au moins dans la conception que le génie romain se fit des premiers temps de son histoire, et nous avons vu la famille romaine perdre son origine dans la force, la violence et le rapt..... Romulus et Rémus, ces fondateurs de la nationalité romaine, d'après la tradition, et c'est dans les traditions primitives qu'il faut étudier le génie des peuples, n'avaient point de famille; c'étaient des *Outlaws*, suivant l'énergique expression anglaise. Or, comment ces sentiments de violence qui accompagnèrent à Rome l'origine de la famille ne s'y seraient-ils pas perpétués? Qu'apercevons-nous, en effet, dans la constitution de la famille, telle qu'elle nous est révélée par l'histoire et le Droit civil, sinon la domination égoïste et farouche de son chef, la dépendance et la servitude de ses autres membres? »

Il paraîtra étrange que nous, qui avons été souvent accusé de ne pas assez reconnaître la valeur du Droit romain[2], prenions aujourd'hui en main la défense de cette même Rome. Mais examinée de plus près, cette contradiction apparente disparaîtra complétement. Le but que nous nous sommes proposé dans nos différents travaux et notamment dans ceux sur les *Origines du Droit civil français*[3], c'était de montrer, sur les traces de notre regrettable Klinrath, la parenté du Droit français avec celui des autres nations sorties de la souche germanique ; de rattacher bon nombre de ses dispositions aux institutions germaniques, et de montrer que le Droit coutumier français, le père de notre Droit civil moderne, contenait partout quoiqu'à des dates différentes, l'élément germanique réuni à l'élément romain. Mais pour avoir combattu, comme nous sommes encore prêt à le faire, ceux qui ne voient pas de salut en dehors du Droit romain, ceux qui s'imaginent qu'on pourrait comprendre le Droit moderne et étudier l'histoire du Droit français, sans recourir aux origines germaniques ; nous ne contestons nullement l'immense valeur du Droit romain, soit comme science, soit au point de vue de l'influence qu'il a exercée sur le développement de la civilisation. Nous reconnaissons tout au contraire, que le rôle que la civilisation romaine a joué est immense, et qu'excepté dans nos temps modernes, la science du Droit romain n'a jamais atteint à l'apogée où elle était au temps de l'empire.

---

[1] Barchou de Penohem, *Essai d'une philosophie de l'histoire*. Paris, 1853, vol. II, p. 50 et suiv.

[2] Benech, De l'Élément Gallique et de l'Elément Germanique dans le Code Napoléon. (*Recueil de l'Académie de Législation de Toulouse*, t. II, p. 5 et suiv.)

[3] Dans la *Revue de Législation et de Jurisprudence*.

Il nous semble qu'admirateurs et destructeurs tombant souvent dans la même erreur, c'est de ne prendre Rome qu'à un moment donné. Les uns ne voient que l'âge d'or d'Horace et de Virgile ; les autres ne considèrent que les premiers siècles de rude épreuve de la colonie naissante.

Pour réfuter à la fois cette erreur et les reproches injustes contre l'organisation domestique des Romains, qu'on nous permette de citer ce que nous avons écrit ailleurs, appelé par notre sujet à parler de la constitution de la famille romaine, lors de la conquête des Gaules :

La famille romaine du temps de la conquête des Gaules, n'est plus celle des Douze Tables, mais elle n'est pas encore la famille telle que la philosophie du Portique et le christianisme l'avaient constituée sur ses bases naturelles et qui trouve sa forme définitive dans la dernière législation de Justinien. C'est l'époque mémorable où tous les grands éléments de la civilisation future commencent à poindre à l'horizon : la philosophie stoïcienne représentée par les écoles des grands jurisconsultes, le christianisme annoncé par son immortel fondateur ; le monde germanique qui se fait sentir pour la première fois dans la forêt de Fentoburg, par le désastre des légions romaines. Mais la houle orageuse de la démocratie, qui battit sans cesse les flancs de l'organisation aristocratique de Rome, la philosophie du

Portique et la nouvelle religion du Christ, ne furent que des moyens dans la main de celui qui dirige les destins de l'humanité. Ils ne furent que des instruments par lesquels le droit naturel, résultat de la conscience du genre humain, devait triompher de ce droit étroit, aristocratique, formaliste et artificiel, qui fut celui de Rome primitive.

Ce fut, dans le rayon plus étroit de la famille, le réveil des affections et des sentiments naturels, et la liberté et l'égalité produisirent ainsi l'émancipation graduelle de la femme, du fils de famille et de l'esclave.

Il est, par conséquent, de la dernière importance de bien fixer le caractère général du Droit romain, tel qu'il régit la Gaule au moment de la chute de la domination de Rome. Ce n'est plus cette législation théocratique et patricienne du temps de la royauté et des premiers siècles de la république, portant à la fois le sceau formaliste de la théocratie étrusque et l'empreinte d'immobilité du génie agricole et dominateur des Pélasges italiques; ce n'est plus cette famille organisée plutôt sur des bases politiques que naturelles, plutôt en vue de l'État, qu'en vue des individus qui la composent. C'est le Droit romain, ayant déjà subi l'immense influence de l'élément démocratique, le transformant continuellement par la philosophie du Portique, et arrivant à une dernière épuration par les principes d'égalité et de liberté, favorisés et propagés par le christianisme. C'est là qu'en était la civilisation romaine dans les Gaules, au moment de la chute de l'empire. Or, il s'agit de bien préciser l'époque, chaque fois qu'on parle de la civilisation et de la législation de Rome. Les faces par lesquelles la constitution publique et le droit privé ont passé depuis les origines de la colonie italique jusqu'à la chute des empires d'Occident et d'Orient, forment le cycle complet d'une civilisation, depuis les rudiments de la société théocratique la plus absolue jusqu'à la démocratie la plus effrénée.

Or, en considérant de cette manière le droit public et privé de Rome, on trouvera, à chacune de ses époques, des situations parfaitement conformes dans les lois et les institutions des autres fractions de la famille humaine. Pour celui qui se place à ce point de vue élevé, le caractère exceptionnel du Droit romain, que lui ont imprimé les docteurs dans des siècles où on n'étudiait d'autres lois que celles de Rome, disparaît complètement, la civilisation et la législation de Rome, rentrant dans le cadre du développement général de l'humanité.

KOENIGSWARTER.

BIBLIOGRAPHIE.

Traité des droits d'usufruit, d'usage et d'habitation,

D'APRÈS LE DROIT ROMAIN,

Par M. Genty, professeur suppléant à la faculté de Droit de Dijon.

(Compte rendu par M. Capmas, professeur de Droit romain.)

M. Genty, auteur d'un estimable traité sur les partages d'ascendants, se présente aujourd'hui au public avec un traité des droits d'usufruit, d'usage et d'habitation, d'après le Droit romain.

Le livre de M. Genty n'est sans doute pas de ceux qui, par eux-mêmes, par leur titre, par les circonstances au milieu desquelles ils se produisent, sollicitent et attirent presque infailliblement l'attention publique ; c'est le travail d'un esprit sérieux qui se préoccupe avant tout de la vérité, et ne met le succès que bien en seconde ligne. Les ouvrages de ce genre sont malheureusement très-rares ; on ne saurait trop cependant les encourager ; c'est pour eux que la critique devrait réserver toutes ses sympathies, car un amour sincère de la science peut seul produire des œuvres vraiment scientifiques.

Des causes diverses ont donné à l'étude du Droit, pendant le demi-siècle qui vient de s'écouler, une impulsion incontestable dont on n'apprécie pas peut-être encore, du moins en général, avec assez de justice, les heureux résultats.

Placés, en quelque sorte, au milieu de ce mouvement, qui ne paraît pas près de s'arrêter, il nous est plus difficile de porter à son égard un jugement équitable.

Le Droit romain a eu sa part dans ce progrès des études juridiques. Sans doute son rôle a été loin d'avoir l'éclat qu'il eut à l'époque de la *Renaissance* et de la formation de notre Droit moderne. Accepté par presque tous les peuples, sortis des débris de l'empire romain, comme fondement principal de leur Droit, le Droit de Rome a dû nécessairement avoir plus d'influence sur les législations de ces peuples au moment de leur formation que dans leurs développements ultérieurs. Mais si sa part d'action est et doit être beaucoup moins grande aujourd'hui qu'elle n'a été dans le passé, il serait aussi injuste que téméraire de nier cette action ou de chercher à l'amoindrir et d'éloigner les esprits d'une étude qui a fait la gloire de nos pères et à laquelle nous devons en grande partie la supériorité de notre Droit.

Aussi, et certes, ce fait prouve mieux que toutes les démonstrations, on a eu beau assurer que le Droit romain avait accompli toute sa mission, que son rôle était terminé, que désormais il ne pouvait être qu'une entrave aux progrès de la science, ces affirmations, dictées, il faut bien le dire, par un étrange esprit de système ou de paradoxe, lorsqu'elles ne l'étaient point par une ignorance orgueilleuse qui aime à se débarrasser de ce qu'elle ne connaît point, ces affirmations n'ont point empêché les hommes réellement voués à l'étude du Droit de puiser, comme par le passé, à cette source féconde, de lui demander sans cesse de nouveaux enseignements, et, comme toujours, leurs efforts ont été couronnés de succès. De cette mine, qu'on disait épuisée, ils ont su faire jaillir des lumières nouvelles pour dissiper plus d'une erreur, pour épurer des doctrines qu'une pratique inintelligente, soutenue et quelquefois guidée par de fausses interprétations, aurait, le temps aidant, profondément altérées.

Cependant, il faut bien le dire, si l'étude du Droit romain, un moment négligée, presque délaissée au commencement de ce siècle, a vu bientôt revenir à elle les hommes les plus éminents, ceux qui portent avec le plus d'honneur et le plus haut le titre de jurisconsultes, ce retour n'est pas encore tel qu'on peut légitimement le demander, et que l'exigent les intérêts bien compris de la science.

Nous sommes loin, en France du moins, de cette époque où chaque partie du Droit romain était l'objet de travaux approfondis, de recherches poursuivies avec une persévérance infatigable, ayant pour but de faire revivre, dans toute sa beauté, l'œuvre de ces grands jurisconsultes qui, aujourd'hui encore, sont les meilleurs maîtres qu'on puisse proposer dans l'art si difficile de combiner et d'harmoniser les lois, d'en féconder les principes par l'interprétation, de les plier et de les faire servir à toutes les exigences de la vie sociale.

Des manuels, des ouvrages destinés à initier les commençants, voilà, à trop peu d'exceptions près, ce que notre siècle, dans le pays de Cujas et de Doneau, a produit sur le Droit romain.

L'œuvre à entreprendre, l'œuvre méritoire, ne serait-elle pas aujourd'hui de suivre la trace des grands jurisconsultes du XVIe et du XVIIe siècle, et, avec les nouvelles lumières que le progrès des lettres et des découvertes récentes ont fait jaillir, de soumettre de nouveau à une élaboration approfondie chacune des grandes divisions, chacune des grandes théories dont se compose la législation romaine ?

M. Genty nous semble avoir voulu entrer dans cette voie et c'est pour ce motif que son *Traité des droits d'usufruit* nous inspire un véritable intérêt.

L'auteur s'est proposé, en effet, d'exposer dans un traité spécial, non pas toute la théorie des droits réels, mais seulement les règles, les principes des droits d'usufruit, d'usage et d'habitation, c'est-à-dire des principaux démembrements du droit de propriété.

Il a voulu exposer ces principes dans tout leur développement historique ; tels d'abord que les avait établis l'ancien Droit civil de Rome et tels qu'ils devinrent, plus tard, par suite des modifications introduites par le Droit prétorien et les constitutions impériales. Mais il s'est borné là ; c'est exclusivement au point de vue du Droit romain que son ouvrage est composé. Il a craint, sans doute, dans un sujet aussi vaste par lui-même, d'être entraîné trop loin en le traitant au double point de vue du Droit romain et du Droit français.

Une monographie juridique doit se présenter aujourd'hui avec des proportions modestes, pour avoir quelque chance de trouver des lecteurs. Aussi n'osons-nous sur ce point adresser des reproches ; nous nous bornons à manifester un regret. A défaut d'un traité complet sur le Droit français, nous aurions été heureux de rencontrer, au moins sur les points principaux, d'utiles comparaisons entre les deux législations.

Après des notions préliminaires, exposées avec une clarté vraiment remarquable, l'auteur traite successivement de la constitution des droits d'usufruit, des droits de l'usufruitier, des obligations auxquelles il est soumis, des droits et des obligations du nu propriétaire, des modes d'extinction de l'usufruit, de l'accroissement en matière d'usufruit, enfin de l'usage et de l'habitation ; l'ouvrage se termine par une comparaison entre le droit d'usufruit et quelques droits analogues.

Ce plan simple et sans prétention permet à l'auteur de passer en revue les nombreuses questions que cette matière si importante et si délicate avait soulevées parmi les jurisconsultes romains.

C'est dans l'examen, dans la discussion de ces points litigieux que M. Genty montre un véritable talent, c'est par là qu'il a su donner à son livre un intérêt qui en rend la lecture facile et souvent attachante. Il remet sous nos yeux et rend en quelque sorte vivantes les grandes controverses qui divisèrent longtemps les fondateurs du Droit romain ; il indique chaque solution et pèse les arguments sur lesquels elle s'appuie avec une rectitude de jugement que bien rarement on trouve en défaut.

Nous signalerons d'une manière particulière la discussion à laquelle il se livre sur la question de savoir à quel moment l'usufruitier acquiert les fruits civils [1]. Ces fruits s'acquièrent-ils jour par jour, s'acquièrent-ils, au contraire, comme les fruits naturels, c'est-à-dire par la perception ? Les anciens interprètes du Droit romain sont loin, on le sait, d'être d'accord sur ce point. La plupart ont admis des distinctions qu'ils fondent sur quelques textes isolés. Ces textes, mal interprétés et généralisés ensuite sans plus de raison, sont devenus souvent les sources de prétendues règles qui ont au moins le défaut d'être parfaitement étrangères au Droit romain.

Ce qui distingue, en effet, le Droit romain, l'un de ses traits caractéristiques les plus remarquables, c'est le petit nombre de principes qui lui servent de base et le nombre infini de conséquences, d'applications que les jurisconsultes romains, avec une puissance de déduction incomparable, ont su tirer de ses principes. Mais les interprètes, ce que n'explique que trop bien l'état dans lequel nous sont parvenus les monuments du Droit romain, n'ont pas su toujours rattacher ces applications à leur principe, les ramener à leur origine. Ils ont vu des règles nouvelles là où il n'y avait qu'une conséquence tirée logiquement d'un principe général. Dans la question qui nous occupe, la plupart sont tombés dans cet écueil ; Cujas lui-même [2] est ici de ce nombre. D'autres, cependant, avaient combattu ces doctrines, fondées sur des généralisations hasardées [1], mais aucun, jusqu'à ce jour, n'avait, à notre connaissance, dégagé avec autant de netteté que l'a fait notre auteur les vrais principes de la matière, aucun n'avait expliqué avec autant de sûreté tous les textes, aucun, en un mot, n'avait jeté autant de lumière sur un point aussi obscur.

---

[1] V. nos 173 et suiv.

[2] Il revient souvent sur cette question. V. notamment *Comm. in lib. IV Pap.*, t. IV de ses œuvres, col. 292 (éd. de Naples).

On lira aussi avec intérêt les développements que donne M. Genty sur l'étendue des droits d'usage, et un exposé fort bien présenté sur les principes du droit d'accroissement en matière d'usufruit.

Pour renfermer dans un volume son traité, l'auteur a été obligé d'adopter un style d'une concision soutenue, mais cette concision, qui n'exclut jamais la clarté, n'est pas une des moindres qualités de l'ouvrage; l'auteur imite en cela les grands jurisconsultes dont il s'est fait l'interprète et l'on peut croire que l'étude et la fréquentation de ces grands modèles a contribué à donner à son travail un genre de mérite qui a d'autant plus de prix à nos yeux qu'il semble de nos jours plus négligé.

Sans doute la critique, tout en restant dans les limites d'une justice bienveillante, pourrait faire plus d'une réserve. Le livre de M. Genty n'échappe point à la loi commune et telle n'est point non plus la prétention de l'auteur. On peut y relever quelques inexactitudes, quelques solutions qu'il est difficile de bien accorder ensemble, quelques expressions qui n'appartiennent point à la langue des jurisconsultes romains et qu'on voudrait ne pas rencontrer dans un traité où les principes du Droit romain sont presque toujours exposés avec une sagacité rare, avec une clarté qu'on rencontre dans bien peu d'ouvrages de cette nature. Ces taches enlèvent bien peu au mérite très-réel d'un travail sur lequel nous appelons l'attention de tous ceux qui s'intéressent au progrès des études juridiques.

C. CAPMAS.

---

[1] Voy. notamment G. Noodt, *De usufructu*, lib. I, c. III, 13-16.

TABLE DES MATIÈRES

PAR ORDRE ALPHABÉTIQUE.

Académie de législation de Toulouse........................ 400 et 496
Action possessoire. — Complainte. — Réintégrande. — Exercice..... 547
Action révocatoire. V. Dot.
Arme. V. Droit pénal.
Barreau français. — De Gennes. — Gueau de Reverseaux............ 193
Bigamie. V. Communauté.
Chemins vicinaux. — Prestation en nature. — Compétence.......... 482
Communauté. — Bigamie. — Droits des époux. — Règlement....... 216
— Femme. — Reprises. — Privilége................. 162
— Prélèvements. — Reprises. — Créanciers. — Concours.. 260
— Usufruit légal. — Déchéance. — Inventaire........ 30
Communauté religieuse. — Femme. — Reconnaissance légale. — Effets civils.. 332
Compétence. — Indemnités. — Terrains non navigables. — Curage. — Élargissement.. 569
— V. Droit pénal.
Complainte. V. Action possessoire.
Conditions impossibles. V. Disposition à titre gratuit.
Conventions matrimoniales. — Parts inégales. — Réduction. — Avantages..................................
Créanciers. — Partage. — Mise en demeure.......................... 518
— V. Communauté.
Curage. V. Compétence.
Dettes. — Prisonnier. — Évasion. — Geôlier. — Réintégration. — Droit pénal.................................... 185 et 562
Dispositions à titre gratuit. — Conditions illicites ou impossibles...... 401
Dot. — Aliénation. — Garantie. — Paraphernaux.................. 14
— Mari septuagénaire. — Emprisonnement....... 387
— Remploi. — Action révocatoire. — Second paiement. — Offres. 6
Droit commercial. — Livres de commerce. — Livres auxiliaires. — Preuve.. 291
Droit fiscal. — Enregistrement. — Principes généraux............... 475
Droit français. — Origines romaines.................................. 177
Droit international. — Navires neutres. — Visite...................... 62
Droit naturel. — Essai philosophique......................... 128 et 531
Droit pénal. — Crimes. — Compétence. — Correctionnalisation. — Juridiction correctionnelle............................ 352
— Jury d'accusation.................................. 231

— Vagabondage. — Arme.......................... 492
— V. Dettes.
Droit romain. V. Usufruit.
Dumoulin. — Son influence sur la législation française........ 82 et 305
Enregistrement. V. Droit fiscal.
Evasion. V. Dettes.
Garantie. V. Dot.
De Gennes. V. Barreau français.
Geôlier. V. Dettes.
Guéau de Reverseaux. V. Barreau français.
Histoire du droit. — Droit public. — Droit privé. — Moyen âge....... 453
Hypothèque. — Biens à venir. — Inscription.......................... 18
Hypothèque légale. — Légataires.................................. 177
Jury d'accusation. V. Droit pénal.
Inscription. V. Hypothèque.
Légataire. V. Hypothèque légale.
Législation française. V. Dumoulin.
Licitation. V. Partage d'ascendants.
Livres de commerce. V. Droit commercial.
Marcadé. — Article nécrologique.................................. 198
Mariage. — Réhabilitation. — Officier de l'état civil. — Incompétence.. 212
Meubles. V. Priviléges.
Navires neutres. V. Droit international.
Nécrologie... 198
Paraphernaux. V. Dot.
Partage d'ascendant. — Concours des père et mère. — Réserve d'usufruit......... 117
— Licitation. — Nullité........................ 145
Personne morale. V. Société.
Philosophie du droit. V. Droit naturel.
Prescription. — Délai. — Dol. — Découverte....................... 447
Priviléges. — Meubles. — Transformation........................... 79
Quotité disponible. — Réserve. — Cumul........................... 529
Réintégrande. V. Action possessoire.
Remploi. V. Dot.
Reprises. V. Communauté.
Révocation. — Ingratitude. — Biens donnés. — Charges............. 527
Saisie-immobilière. — Créanciers inscrit. — Sommation. — Précédents propriétaires............ 298
Société. — Sociétés civiles. — Personne morale................... 412
Subrogé-tuteur. — Vente. — Biens de mineur....................... 526
Testament. — Empêchement de tester. — Preuve..................... 113
Uusufruit (droit d'). — Droit romain............................. 596
Usufruit. V. Partage d'ascendant.
Usufruit légal. V. Communauté.
Vagabondage. V. Droit pénal.
Vente à la mesure. — Garantie. — Vente en bloc. — Fraude........ 209

TABLE DES ARTICLES

PAR NOMS DES AUTEURS.

Ancelot : Études sur les reprises et les prélèvements (3e article).... 260
Aubépin : Influence de Dumoulin sur la législation française ; (6e art.). 32
(7e art.). 305
Bauby : La femme dotale peut-elle faire tomber l'aliénation de ses biens dotaux faite en vue de faire sortir son mari de prison, alors que celui-ci a été incarcéré quoique septuagénaire ?.................................... 387
Du Bost : La sommation exigée par l'art. 692 (Code de proc.) doit-elle être faite à *tous* les créanciers inscrits, à ceux du chef des précédents propriétaires comme à ceux du chef du propriétaire exproprié........................ 298
G. Bressolles : De la reconnaissance légale des communautés religieuses de femmes et des effets civils qu'elle produit. 332
Capmas : Bulletin bibliographique (de l'usufruit d'après le droit romain). 596
Coin-Delisle : Examen doctrinal d'octobre 1853 (1er article)...... 113
(2e article)....... 209
E. Corne : Des suites de l'évasion d'un prisonnier pour dettes et des diligences que peut faire le geôlier pour le réintégrer dans la prison.................................... 562
Derosne : Jurisprudence de la Cour de cassation sur la condition de l'exercice de l'action en réintégrande.............. 546
Doublet de Boisthibault : Le barreau au XVIIe siècle (de Gennes, Guéau de Reverseaux)................ 193
Dubernet de Boscq : Y a-t-il nullité dans un partage d'ascendant qui attribue à l'un des enfants l'entier patrimoine en nature et aux autres des valeurs en argent, lorsque ce patrimoine n'est pas commodément partageable en nature ?................. 145
Chemins vicinaux, prestations en nature non acquittées............................... 482
Faustin Hélie : Du jury d'accusation................................. 231
Gabriel Demante : Etudes critiques sur les origines romaines du Droit français.................................. 177
Principes sur le droit d'enregistrement........ 475
Girard du Vasson : Vagabondage. — Arme........................ 492

Hautefeuille : De la visite des navires neutres par les belligérants... 62

Kœnigswarter : Revue des recueils étrangers.................... 577

Le Gentil : Matières commerciales.— Preuves. — Livres auxiliaires. 291

Marcadé : Action en partage. — Créancier. — Mise en demeure (article inédit).. 518

Mimerel : Examen doctrinal de novembre 1853..................... 497

Molinier (Victor) : Des suites de l'évasion d'un prisonnier pour dettes et des diligences que peut faire le geôlier pour le réintégrer dans la prison........................ 185

Mourlon : De l'effet que peuvent avoir sur les priviléges mobiliers les modifications et transformations subies par les choses sur lesquelles ils sont établis........................... 79

Nypels : Examen du t. IV de l'Histoire du Droit français de M. Laferrière... 453

Paul Pont : Examen doctrinal de septembre 1853................. 5
— Victor-Napoléon Marcadé (nécrologie)............ 198
— Chronique.. 400
— Chronique.. 496

Rigaut : Essai philosophique sur les principes fondamentaux du Droit naturel envisagé comme science spéciale (3e article)....... 12
(4e article)....... 531

Rousset (Gustave) : De la correctionnalisation des crimes ou de la nécessité et des moyens de soumettre à la juridiction correctionnelle certains faits légalement réputés crimes........................... 352

Seligman : Prescription.— Vol.— Découverte.— Délai............. 447

Sérigny : Observations contre la jurisprudence nouvelle de la Cour de cassation sur les reprises de la femme mariée sous le régime de la communauté........................... 162
Quelle est l'autorité compétente pour statuer sur les demandes en indemnité à raison des terrains pris pour l'élargissement des terrains non navigables ?............ 569

V. Thiry : Les sociétés civiles constituent-elles des personnes juridiques distinctes de celles des associés ?................. 412

Troplong : Des conditions impossibles ou illicites dans les dispositions à titre gratuit............................... 401

— Corbeil, imprimerie de Crété.